

LA FAMILLE
DANS LA
LÉGISLATION ITALIENNE

Thèse pour le Doctorat en Droit

présentée et soutenue le Vendredi 5 décembre 1931, à 14 heures

PAR

André COLIN

JURY :

Président : M. ROUAST, Professeur.

Suffragants : MM. ESCARRA, Professeur.

LE BRAS, Professeur.

PARIS

LES PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE

49, BOULEVARD SAINT-MICHEL, (v°)

1931

LA FAMILLE DANS LA LÉGISLATION ITALIENNE

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

LA FAMILLE

DANS LA

LÉGISLATION ITALIENNE

Thèse pour le Doctorat en Droit

présentée et soutenue le Vendredi 5 décembre 1931, à 14 heures

PAR

André COLIN

JURY

Président : M. ROUAST, Professeur.

Suffragants : MM. ESCARRA, Professeur.

LE BRAS, Professeur.

PARIS

LES PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE

49, BOULEVARD SAINT-MICHEL, (v°)

1931



AVANT-PROPOS

Depuis octobre 1922, le fascisme, fait nouveau que l'on crut éphémère, renouvelle et transforme la figure de l'Italie : la Révolution qui porta Mussolini à la tête du gouvernement s'attaqua tout d'abord aux institutions politiques et suscita tant en Italie qu'à l'étranger des commentaires nombreux; tous se plaçaient au point de vue du droit public. L'intérêt en était d'ailleurs fort grand : un pays pris de fièvre nationaliste puisait des forces dans la glorieuse tradition de la Rome impériale et permettait à ses nouveaux maîtres de transformer jusqu'aux bases de l'Etat. Graduellement le fascisme s'efforçait de modifier l'esprit public, se construisait peu à peu une doctrine, s'affirmait en réaction contre l'esprit démocratique; les grandes lignes de son action se développaient, mais surtout dans le domaine politique afin de légaliser bien des illégalités, conséquences nécessaires d'un mouvement révolutionnaire.

Mais ce stade est dépassé; en possession d'une force tant matérielle que morale de plus en plus grande, le fascisme s'est attaqué à toute l'organisation civile : l'esprit de la nation se transforme, la législation en est l'instrument mais aussi comme une résultante car il n'est de réforme législative durable qui ne soit en correspondance avec l'esprit public. Or, le droit civil

est une des meilleures expressions de l'âme d'une nation : « le droit civil qui règle les rapports quotidiens des citoyens entre eux est la seule expression de la véritable physionomie d'un peuple » ¹. L'intérêt de son étude est d'autant plus grand que le fascisme s'est attaqué à un problème d'une telle importance en France, le problème familial. Alors que de tous côtés retentissent les plaintes sur la crise de la société domestique, que l'Etat se sent frappé dans un élément essentiel à sa vitalité, il ne nous a pas semblé inutile d'étudier les solutions que l'Italie a données à la question. Parti de l'idée de puissance démographique, de « primat démographique » ² même, le fascisme a développé une politique, qui, du domaine assistentiel s'étend jusqu'aux solutions plus techniques du droit civil et du droit pénal. Dans ces réformes réapparaîtra souvent la conception fasciste de l'Etat, car l'esprit de la législation fasciste est le même que celui qui dirige le fascisme en tout domaine, et le dirige vers une fin unique, la réalisation de son idéologie politique et sociale » ³.

Notre but, ici, n'est pas uniquement d'énumérer, en les faisant suivre d'un commentaire, des articles de lois ou de décrets; nous voulons y découvrir une tendance générale, une doctrine d'ensemble qui, sous la technique des dispositions sont caractéristiques de toute codification. Il nous sera donc utile d'étudier les origines historiques du fascisme et les lignes générales d'une doctrine formée au jour le jour. C'est elle qui

(1) VASSALI. *Rivista di diritto civile*, 1923, p. 45.

(2) U. NODORI. *La fatica nuziale*, p. 98.

(3) ROCCO. *Civiltà fascista*, p. 297.

le conduit à une politique démographique, introduction à une politique familiale dans le domaine juridique, à la réforme des rapports familiaux dans le code civil et le code pénal.

A l'œuvre de codification ont collaboré les juristes, praticiens et théoriciens d'Italie, et, tout en proclamant la nécessité de graves transformations, ils ne veulent pas rompre avec les traditions d'un peuple, jeune dans son unité, jeune comme nation, mais de souche antique, afin de ne pas affaiblir la famille, « cette séculaire figure de la famille en Italie » ⁴.

(4) Rossi. Ch. des Députés, séance 20 juin 1923. Doc. n° 2013.

INTRODUCTION

Le Fascisme devant le problème démographique.

La guerre mondiale de 1914 est à l'origine des perturbations politiques et sociales dont l'Italie est le théâtre; « le conflit mondial fut pour elle l'épreuve cruciale »¹ nous dit don Sturzo, et ce n'est que trop vrai. L'Italie en effet, encore fatiguée de l'effort déployé durant tout le XIX^e siècle, venait à peine de résoudre les difficultés que suscita le Risorgimento. L'esprit libéral, la volonté d'indépendance, caractéristiques de ces divers courants qui luttèrent contre le pouvoir absolu pour l'établissement du régime représentatif et l'instauration de l'unité nationale, n'avaient pas été sans rencontrer de heurts : la jeune nation y avait montré une vitalité généreuse à la suite de ses quelques chefs, intellectuels, poètes et idéalistes, minorité agissante mais peu experte de la vie politique. Les difficultés les plus graves surgirent des rapports entre le nouvel Etat et le Saint-Siège : à l'opposition des principes libéraux du mouvement avec la

(1) L'Italie et le fascisme, p. 31; dans le même sens, mais encore plus brutalement, Claudio TRÉVES dit « c'est le résultat mathématique de la guerre ». On peut aussi voir cette idée dans cette phrase de GENTILE « La guerre a été pour l'Italie la solution d'une profonde crise spirituelle » *Origini e dottrina del fascismo* p. 5; S. PANNUNZIO, « Le fascisme est un résumé, un précipité de la guerre ». *Il sentimento dello Stato*, p. 78,

doctrine catholique s'ajoutait la rivalité de la Papauté et de la Royauté pour le pouvoir temporel; la Question romaine devait être dans le pays une source de divisions et même de désagrégation. D'autre part, la recherche de l'uniformité, erreur dans un pays qui n'avait connu que la division territoriale, la situation financière obérée qui entraînait le cours forcé, la pauvreté du Sud de l'Italie que l'émigration vidait de ses habitants, ne pouvaient qu'aggraver le trouble. Résolues cependant, ces difficultés ne pouvaient disparaître sans laisser de traces; l'insuffisante préparation de ses hommes d'Etat, l'improvisation de son économie les rendirent plus graves².

Quand éclata la guerre, l'Italie était dans une situation difficile, matériellement, et moralement surtout³. Le pays était divisé : les classes politiques d'un côté, de l'autre les masses populaires que le suffrage restreint écartait de la vie politique, masses organisées d'ailleurs et réparties dans les multiples associations, catholiques ou socialistes. La question de l'interventionisme ne fit qu'accentuer la division : le Parlement et le Gouvernement penchant pour une neutralité favorable aux Empires Centraux, les socialistes luttant pour une neutralité absolue, la jeunesse intellectuelle se prononçant pour l'intervention, pour ou contre les Alliés, mais afin « de cimenter une fois dans le sang cette nation formée plus par hasard que par la valeur de ses enfants... d'entrer dans l'histoire sans plus vivre en mendiant des civilisations étrangères, à

(2) STURZO, *op. cit.*, p. 31.

(3) Pour tout ceci, voir D. RUSSI, « Mussolini et le fascisme, p. 8 et s.

l'ombre des grands peuples » ⁴. De tractations en tractations, le gouvernement entra en guerre contre l'Autriche, pour la plus grande Italie, c'est-à-dire pour quelques kilomètres carrés en Dalmatie : c'était la meilleure méthode pour refroidir la générosité, c'était se lier les mains pour le traité de paix. La France et la Belgique affectaient au moins de combattre pour une idée, l'Italie faisant bande à part s'engageait à la poursuite d'avantages matériels.

La guerre finie, les plus grands espoirs étaient permis, l'aide de l'Italie avait eu, à part quelques défaillances, son efficacité; mais les erreurs des hommes politiques italiens, l'attitude des Alliés envers l'Italie traitée en nation de seconde zone amenèrent l'amertume : l'impression générale était que l'on méconnaissait les droits de l'Italie, le sentiment populaire s'exaspérait, les socialistes triomphaient. « Notre victoire dira plus tard un auteur italien, se changeait en défaite, et tendait à répandre dans le peuple l'état d'âme des vaincus : haine à la guerre et à ceux qui en étaient responsables, jusqu'à l'armée qui en avait été l'instrument » ⁵. Ce fut le début de troubles sans nombre, de violences et d'illégalités : la propagande socialiste largement déployée voyait son œuvre facilitée du fait de la crise économique contemporaine, de l'effondrement de la lire.

Le gouvernement d'autre part allait de faiblesse en faiblesse : ce fut d'abord l'autorisation d'occuper les terres incultes, puis la carence de réaction contre

(4) GENTILE, op. cit., p. 7.

(5) GENTILE, op. cit., p. 26.

les premières manifestations du bolchevisme naissant à la faveur de cette crise économique et spirituelle. La grève générale, l'occupation des mines portèrent au maximum l'effroi des bourgeois et des capitalistes : le gouvernement ne réagit encore pas. C'est à cette époque que commença la Révolution fasciste : de 1919 à 1922 l'illégalité règne en Italie, les bagarres entre communistes et fascistes deviennent faits courants, les bandes accroissent leurs effectifs, multiplient les coups de main, préludes de « l'aventure miraculeuse » qui amena les Chemises noires à Rome, presque sans coup férir, à la faveur d'une crise ministérielle. Le Roi appelait Mussolini à la tête du ministère et le 31 octobre 1922, Rome, étonnée, assistait au défilé de 50.000 Chemises noires.

Qu'était-ce donc que ce fascisme dont le succès fut si rapide ? Il était de formation récente ; son fondateur, le socialiste Mussolini, « le plus véhément héraut de l'interventionisme italien » ⁶ en 1915, directeur du *Popolo d'Italia*, trouvant insuffisante la tribune du journal, créa le premier *Fascio di combattimento*. Allié de d'Annunzio, il l'abandonna bientôt pour un champ d'action plus vaste, la lutte contre le socialisme. Il recrutait des adhésions dans tous les partis ; ses faisceaux se composaient d'anciens combattants, d'officiers car il leur promettait le retour d'un prestige que le socialisme avait anéanti, de petits bourgeois que la crise tenaillait, de capitalistes dont l'effroi amena l'adhésion, de la jeunesse imbue de l'idéal de la Rome des Césars que le libéralisme

(6) D. Russo, op. cit., p. 60.

du Risorgimento opposait aux traditions de la Rome chrétienne. Cette diversité dans la composition s'explique d'ailleurs par l'absence de programme : à la différence de la Révolution française, de la Révolution russe, la révolution fasciste ne pose pas à son départ des lignes de conduite. Le fascisme en effet « n'était pas une association de croyants, mais un parti d'action, qui avait besoin, non de programmes détaillés, mais d'une idée qui indiquât un but, une route » ⁷. Républicain et anticlérical, il lui est possible, grâce à l'absence d'une doctrine rigide et à sa faculté d'adaptation de conclure un accord avec la Monarchie puis avec l'Eglise. On a pu dire et avec raison que le fascisme est plutôt une méthode tendant à légaliser après coup un état de choses existant en fait.

Mais, entré dans la vie politique, il ne tarda pas à s'allier aux nationalistes et peu à peu, une doctrine plus stable s'élabora sous l'influence de philosophes comme Gentile, de nationalistes comme Rocco ⁸. Cette doctrine n'est pas une philosophie au sens strict du mot, c'est-à-dire « qu'elle n'est pas une philosophie qui se pense, mais qui se fait, et par là même s'énonce et s'affirme non en formules, mais par l'action ». Il démontre ainsi de lui-même son caractère dynamique, et, s'inspirant du syndicalisme de Sorel, oppose, suivant le mot de Gentile ⁹ « à la corruption parlementaire les postulats idéalistes de la révolution et de la vio-

(7) GENTILE, *op. cit.*, p. 30.

(8) Son discours à Pérouse est répété, commenté, considéré comme contenant l'essentiel de la doctrine de l'Etat fasciste. Nous nous en inspirons dans les pages qui vont suivre.

(9) *Op. cit.*, p. 29.

lence ». Certes, il est une pensée et recourt aux formules, mais s'il y recourt, « il leur attribue exactement la même valeur qu'aux actions, en tant qu'elles produisent des effets pratiques ¹⁰. Le fascisme ne peut donc définir un système si l'on entend par là un principe susceptible de développement, il est au contraire « antiintellectualiste » ¹¹, parce que l'intellectuel place la théorie avant l'action, parce qu'il est un être politiquement indifférent. Les théories juridiques verront dès lors leur rôle réduit comme les autres et cette idée, nous la retrouverons.

Ce premier point de la doctrine fasciste n'est sans doute pas le plus important; dynamique, pourrait-on dire, mais surtout « totalitaire », en ce sens « qu'elle ne concerne pas seulement l'organisation politique de la nation mais toute sa volonté, sa pensée, son sentiment » ¹². Dès lors, le fascisme, méthode politique pénètre dans tous les domaines, moraux, politiques, religieux et dans les réalisations pratiques, cela lui sera rendu possible par sa conception de l'Etat national, centre de la doctrine. C'est cette conception qui a permis le rapprochement avec le nationalisme, source de force politique et philosophique pour le fascisme : pour tous deux l'Etat est le fondement de tout droit de l'individu, l'Etat est un principe, l'individu un résultat; l'Etat est identique à la nation considérée non comme la masse des individus présents mais réalité historique, incarnation des générations présentes, passées et futures. « L'Etat fasciste

(10) GENTILE, op. cit., p. 37.

(11) GENTILE, loc. cit.

(12) GENTILE, op. cit., p. 36.

est l'Etat qui réalise au maximum de puissance et de cohésion l'organisation de la Société. Aussi l'Etat qui est l'organisation juridique de la société est pour le fascisme un organisme distinct de la masse des citoyens qui, à chaque moment, en font partie, qui a sa propre vie et ses propres fins supérieures à celles des individus »¹³. De cette conception toute spirituelle de l'Etat, conception sentimentale¹⁴, il est facile de découvrir l'opposition du fascisme et de l'individualisme; personnalité autonome qui a des fins supérieures à celles des individus, l'Etat subordonne à son intérêt l'existence et l'intérêt individuel¹⁵; la liberté existe seulement dans l'Etat et logiquement cet Etat est autoritaire, affirmant sa nécessité immanente, puisant sa force politique dans l'idée qui incarne la nation, anime l'histoire du peuple dans le présent et dans l'avenir »¹⁶. C'est cette conception du fascisme, la conception de l'Etat comme personnalité autonome qui lui permet d'intégrer toutes les forces de la nation puisqu'il en est lui-même l'incarnation juridique. « L'Etat fasciste, nous dit Rocco, a sa morale, sa religion, sa mission politique dans le monde, sa fonction de justice sociale, enfin son rôle économique. Et, pour cela, l'Etat fasciste doit défendre et répandre la moralité dans le peuple; il doit s'occuper des problèmes religieux et pour ceci professer et protéger la vraie religion, c'est-à-dire la religion catholique; il doit répondre dans le monde

(13) Rocco, *La trasformazione dello stato*, p. 16.

(14) SERGIO PANNUNZIO, *il sentimento dello Stato*; il y dit textuellement « le fascisme est essentiellement un sentiment », p. 76.

(15) GENTILE, *op. cit.*, p. 58.

(16) GENTILE, *loc. cit.*

à la mission de civilisation confiée aux peuples de haute culture et de grande tradition, ce qui signifie : travailler pour l'expansion économique, politique, intellectuelle, en dehors des frontières, enfin il doit promouvoir l'augmentation de la production et de la richesse, usant de l'intérêt individuel ou intervenant en cas de nécessité, de sa propre initiative ».

Supériorité des fins, suprématie des forces, telle est la formule qui résume la conception de l'Etat fasciste; toute la nouvelle législation fasciste tend à la réaliser »¹⁷.

Cette phrase d'un étatisme rigoureux est un véritable programme d'action, et le programme se réalise. L'Etat a son rôle économique, sa fonction de justice sociale, certes, et c'est en le comprenant, sans doute, que le fascisme a opéré la réforme, base originale du régime : l'Etat corporatif. Ce n'est pas à l'imitation de l'Etat socialiste, l'Etat qui produit et gère la richesse, c'est l'Etat qui, intégrant les forces productives corporativement organisées, empêche les conflits et coordonne le capital et le travail. L'Etat corporatif vise à réaliser cette immanence de l'Etat dans l'individu, condition de la force, c'est-à-dire de l'essence même de l'Etat.

L'Etat doit s'occuper des problèmes religieux : incarnation concrète d'une nation en majorité catholique, l'Etat en est venu à reconnaître l'autorité de l'Eglise. Il ne pouvait laisser en effet une force, quelle qu'elle soit, non intégrée; et cependant ici, la contradiction est flagrante, car la conception transcendante

(17) Rocco, *op. cit.*, p. 7 et suiv.

sur laquelle se base la doctrine de l'Eglise est contraire au caractère immanentiste de la conception politique du fascisme; mais peu important, condition de force politique pour le régime, l'union de l'Eglise et de l'Etat s'est réalisée pour donner satisfaction à la majorité des Italiens, les attirer aux faisceaux en leur faisant presque croire que c'était servir l'Eglise.

De ce caractère totalitaire, de cette volonté d'intégrer toutes les forces de la nation, de cet investissement de sa pensée en tout domaine, et de l'idée de développement toujours plus grand de la puissance de l'Etat, découle évidemment une politique démographique d'ailleurs hautement affirmée. Complexe, elle se déroule tant sur le terrain théorique que sur le terrain pratique où le fascisme réalise en même temps la mission qu'il s'est donné de moralisateur.

Il est en effet un lieu commun accepté par tout le monde c'est la débordante natalité de l'Italie, et pourtant de 38 pour 100, en 1885, le coefficient des naissances s'est abaissé à 26,5 pour 100 en 1927. Le mouvement de diminution s'est étendu maintenant à l'Italie méridionale, jusqu'ici considérée comme « le vivier démographique de la nation »¹⁸. Et, fait plus grave, à Bologne et à Milan on vit le nombre des morts dépasser celui des naissances. Le péril n'était pas d'une extrême gravité, mais suffisante pour provoquer une large intervention du gouvernement fasciste. Pour lui, d'ailleurs la politique démographique prend un caractère spécial : il en fait une

(18) MUSSOLINI, dans la préface au livre de R. KORRHER « *Regresso delle nasciste, morte dei popoli* ».

politique nationale, une politique d'expansion; il veut une nation grande, défendue par des multitudes et d'autant plus efficacement, que ces masses greffées dans l'Etat peuvent contribuer aux destins de celui-ci qui sont leurs propres destins¹⁹. Cette politique, logique manifestation du fascisme nationaliste, se déroule d'après sa conception totalitaire, réprimant l'individualisme du célibataire égoïste, luttant contre l'urbanisme, développant une large activité éducatrice, moralisatrice, couronnant son œuvre par la protection de la famille.

Le problème démographique, bien compris, a deux faces : d'une part, accroître le nombre des naissances et diminuer le nombre des décès, c'est-à-dire augmenter le nombre absolu des vivants, et d'autre part, en fortifier les qualités physiques et morales. Ces deux aspects ont été envisagés par le fascisme.

En théorie, il se pose en adversaire de Malthus et du néomalthusianisme. « Personne, aujourd'hui ne prend plus au sérieux la fameuse loi de Malthus » dit Mussolini²⁰ et pourtant il y revient, l'attaque, menaçant ses défenseurs de répression de police. Par décrets ministériels du 8 et 9 mai 1926 une commission est chargée d'étudier et de proposer les mesu-

(19) Dans Mussolini e la sua opera, voir la politica sociale; également « La fatica nuziale » de NOTARI : « si démographiquement le nombre est puissance, d'autant plus grande sera la puissance que plus grand sera le nombre. Sans une telle force un peuple n'est rien dans l'histoire. La raison du plus fort est la meilleure. Or la force d'un peuple ne peut provenir que du nombre de ses enfants », p. 150. Cf aussi cette phrase de Mussolini dans la préface du livre déjà cité « Soixante millions d'Italiens feront sentir le poids de leur masse et de leur force dans l'histoire du monde ».

(20) Cf. Préface du livre de R. KORRHER : *Regresso delle nascite, morte dei popoli*.

res contre la propagande néomalthusienne²¹ : le titre XI du code pénal n'est qu'une réalisation de cette lutte et l'article 553 punit d'un an de réclusion ou d'une amende qui peut aller jusqu'à 10.000 liras toute incitation contre la procréation²². En outre la loi de sécurité publique considère comme portant atteinte à la morale et comme tels interdits « les écrits, imprimés... qui divulguent les moyens d'empêcher la fécondation ou d'interrompre la grossesse »²³.

Mais évidemment la tendance malthusienne peut opérer sans publications, et contre elle ce ne sont pas les mesures de police qui ont le plus d'efficacité mais la formation d'une conscience morale et sociale plus droite, purgée de tout égoïsme, de tout préjugé sur la pernicieuse influence d'une population nombreuse. La loi a encore ici un rôle à jouer, il ne s'agira pas de lois draconiennes mais « qui soient l'aiguillon des mœurs »²⁴. C'est à ce but que concourt l'impôt sur les célibataires²⁵; en plus d'une taxe fixe²⁶, le célibataire paie un impôt complémentaire égal au quart du montant de l'impôt sur le revenu. Les sommes provenant de cet impôt sont affectées en ma-

(21) *Legislazione fascista*, vol. I. p. 645.

(22) Le ministre Rocco dans son rapport ne laisse pas de doute sur la portée de l'article; il a prévu ce délit « suivant la directive de politique démographique avec le but du toujours plus grand accroissement de la race ». *Lav. Prep.* vol. V, part. 2, p. 318

(23) Texte unique de la loi de sécurité publique approuvé par les décrets : 6 nov. 1926, n. 1848; 14 avril 1927, n. 593; 21 janv. 1929, n. 62. Art. 115.

(24) MUSSOLINI, loc. cit.

(25) Créé par les décrets-lois du 19 déc. 1926, n. 2132 et du 13 fév. 1927, n. 124.

(26) De 35 liras pour les célibataires de 25 à 30 ans, de 50 liras pour les célibataires de 35 ans à 50 ans, de 25 liras pour les célibataires de 50 à 65 ans.

jeune partie à l'Opéra national pour la protection de la maternité et de l'enfance; par cette mesure la loi prend une signification plus large, elle enseigne « que dans l'Etat fasciste tout citoyen a le devoir de concourir directement ou indirectement à l'accroissement de la population » ²⁷. On ne peut évidemment qu'applaudir à une telle mesure : lutte contre l'égoïsme, protection de la société contre un mal annihilant, l'impôt sur le célibataire est juste pour des raisons fiscales, suivant cette parole : « qui ne paie pas en enfants paie en deniers » ²⁸, pour des raisons sociales car le célibat est une des manifestations les plus éhontées de l'individualisme exagéré, une des causes de l'augmentation des enfants naturels, pour des raisons nationales et celles-ci particulièrement chères au fascisme : « le célibat est un mal car il ne produit ni ouvriers, ni soldats » et réagir contre lui c'est faire œuvre de traditionalisme ²⁹.

Mais il ne suffit pas de prendre des mesures contre le célibat : il faut remonter aux causes de la diminution des naissances, il faut créer un milieu favorable au mariage et à la vie familiale. Or, depuis la guerre, il est facile de remarquer, en Italie, un fort exode des gens de la campagne vers la ville, et la

(27) LO MONACO APRILE : La politica assistenziale dell'Italia fascista.

(28) Citée par PAULUCCI DI CALBOLI, dans « la lotta contro il celibato », p. 87.

(29) PAULUCCI DI CALBOLI, loc. cit.; il dit en conclusion « Pour la civilisation et pour la nation, combattons le célibat qui ne nous fournit ni soldats ni apôtres pour notre mission ». Cette mission il la définit « substitution d'un peuple énergique aux peuples épuisés... » ou encore « il est temps que notre race se mette à la tête des nations », p. 104 et 105.

coïncidence avec la baisse de la natalité n'est peut-être pas fortuite. On sait en effet l'influence néfaste sur la nuptialité comme sur la natalité de l'excessive concentration de la population dans les villes³⁰ : il était dès lors dans la logique d'une politique démographique complète de lutter contre l'urbanisation du pays. Tel est le sens de la loi du 24 décembre 1928³¹ : elle donne aux préfets la faculté de rendre des ordonnances obligatoires dans le but de limiter l'excessive augmentation de la population résidant dans les villes. Ces ordonnances prises après avoir entendu l'avis du conseil national de l'économie sont exécutées par voie administrative indépendamment de l'action pénale. Politique utile de ruralisation répondant à l'objection que « les enfants coûtent cher », en ville oui, mais à la campagne c'est beaucoup moins vrai.

D'ailleurs, sans dénier la valeur de ces mesures de police, il faut accorder plus d'influence, dans cette lutte contre l'urbanisme, à la bonification intégrale³². Ensemble de mesures limitées tout d'abord à la bonification hydraulique c'est-à-dire à l'organisation des terrains marécageux par des travaux de canalisation et de drainage³³, la bonification, désormais appelée intégrale, vise à faciliter la transformation

(30) Cf. FILOSTRATO : la politica delle nascite, p. 36 à 50 ; R. KORRHER, op. cit., p. 83 à 104.

(31) Legislazione fascista, vol. I, p. 646 ; G. CORSO : lo Stato fascista, p. 195.

(32) G. CORSO, loc. cit., cet auteur déclare que dans l'ensemble de la politique démographique la première place appartient à la bonification intégrale.

(33) Loi du 30 déc. 1923, n. 32256.

des terrains qui présentent aux fins de l'accroissement de la production un notable intérêt public, et ce, moyennant une opportune coordination des travaux à exécuter et des activités publiques et privées qui leur sont relatives ³⁴. On y voit apparaître la nouvelle conception de la propriété, non plus droit absolu et exclusif, mais source de devoirs et de responsabilités, et il n'est plus permis à qui a une responsabilité quelconque de caractère productif de nuire aux intérêts nationaux par ignorance, inertie coupable ou égoïsme. Le gouvernement peut dès lors procéder à l'exécution de tous travaux nécessaires à la transformation du fonds. L'exécution de ces travaux est normalement confiée aux consortiums de propriétaires, ou, s'ils ne se constituent pas, à toute personne juridique ou physique qui s'engage à acquérir une partie notable du fonds à transformer; en prévision des résistances éventuelles du propriétaire, le droit est conféré au concessionnaire des travaux d'exproprier les terrains susceptibles d'améliorations ³⁵. Et afin de faciliter l'exécution de ces travaux, l'Etat concède des allocations budgétaires, des adoucissements d'impôt, reconnaît la personnalité des consortiums de bonification aidés financièrement encore par les diverses caisses d'assurances nationales ³⁶.

Le but évidemment primordial de cette bonifica-

(34) Décrets-lois du 18 mai 1924, n. 753, modifié par le décret du 29 nov. 1925, n. 2464.

(35) Art. 2 à 4 du décret du 20 nov. 1925.

(36) Loi du 24 déc. 1928, n. 3134.

tion nous est montré par Mussolini lui-même. « Dans une Italie toute bonifiée, irriguée, il y a place encore pour 10 millions d'Italiens... »³⁷. C'est une réponse à ceux qui argumentent de la pauvreté de l'Italie soutiennent que le sol ne suffit déjà plus à nourrir les habitants actuels³⁸.

Actuellement en tous cas, le résultat est, en demandant des travailleurs ruraux, d'éviter l'excessive émigration vers la ville, cause de dénatalité, et, facteur de moindre sécurité politique³⁹, d'enrayer le chômage accentué par les difficultés de l'émigration, de fournir une augmentation de subsistances³⁹.

Par ces diverses mesures, le fascisme vise à faciliter l'accroissement des naissances, mais à cela ne saurait se borner une politique démographique; il ne s'agit pas en effet seulement de nombre, d'unités quelconques, mais d'unités fortes, physiquement et

(37) Discours de l'Ascension 1926.

(38) A certains moments Mussolini semble d'ailleurs partager leur inquiétude, et abandonner son optimisme; il disait ainsi au Sénat le 11 déc. 1924 : « la population de l'Italie augmente en moyenne de 446.000 habitants par an... si vous considérez la disproportion croissante entre les possibilités de notre territoire et la population qui augmente, vous comprenez que le problème est vraiment important », cité par la Loggia dans « il problema demografico, p. 114.

(39) Cf. la préface du ministre ACERBO à un recueil de lois sur la bonification : « Parmi les ordres du Duce qui a fait de la ruralisation le point d'appui de sa grandiose œuvre politique, la bonification a perdu son caractère d'œuvre technique pour devenir l'instrument puissant de la mobilisation rurale destinée à satisfaire les exigences alimentaires de la population croissante... à résister à l'urbanisme et à maintenir intactes les vertus rurales qui sont la gloire de notre race... Cette politique de ruralisation est la plus sûre garantie de notre avenir démographique économique et social ». Cité dans *Messaggero*, 29 janv. 1931. Il faut signaler aussi la fameuse « bataille du grain » que commente cette phrase de Mussolini : « La richesse de l'Italie, la stabilité de la Nation et son avenir sont liés au développement de l'agriculture », citée par La Loggia. loc. cit.

moralement. C'est la raison pour laquelle dans ce large mouvement d'inspiration nationaliste, le côté assistentiel s'est nettement inséré comme élément essentiel et inévitable afin de répondre à la nécessité d'accroître les énergies physiques et d'améliorer les qualités morales de la race. La profonde transformation opérée par le fascisme sur le concept et l'ordonnancement de l'Etat ne pouvait que se répercuter dans le domaine de l'assistance sociale ⁴⁰. Celle-ci ne tendra pas en définitive à la protection de l'individu mais de la collectivité nationale incarnée par l'Etat, c'est-à-dire qu'elle vise à rendre les nouvelles générations plus aptes aux hautes tâches dévolues à l'Etat, en d'autres termes, elle a un but essentiel, le plus grand développement de l'Etat. Suivant cette ligne de principe, seront assistés les individus qui sont ou peuvent devenir utiles à l'Etat, les individus inutiles afin d'éviter qu'ils ne troublent la vie nationale, n'amointrissent la force vive de l'Etat ⁴⁰. Ce but évidemment politique de l'assistance a sa répercussion sur le fonctionnement lui-même : elle est confiée à des entreprises d'Etat ou insérée dans l'organisation juridique de l'Etat, conformément d'ailleurs au principe de l'ingérence de l'Etat en tout domaine.

Cette politique assistentielle, corollaire nécessaire d'une politique démographique, comporte différents objets : tout d'abord améliorer les qualités physiques et morales de la génération actuelle, préparer des générations futures plus fortes, protéger enfin et

(40) Cf. BOTTAI, préface à « Legislazione assistenziale nel diritto fascista », de Lo Monaco Aprile.

c'est peut-être ici l'œuvre la plus originale du fascisme en ce domaine, la maternité et l'enfance.

La condition essentielle de la politique assistentielle et, pourrait-on dire, de la politique démographique est d'assainir le milieu dans lequel doit vivre une population plus nombreuse : c'est la base même d'un tel système; assainissement moral, déjà évidemment amorcé par la position du fascisme envers les théories néo-malthusiennes, assainissement physique par la lutte contre les maladies sociales.

Dans l'œuvre d'assainissement moral le but du gouvernement fut surtout d'atteindre la presse; outre la convention de Genève du 12 septembre 1923, destinée à réprimer strictement le trafic des publications obscènes entre les pays signataires, la loi de sécurité publique et le nouveau code pénal entretiennent à cet égard une rigoureuse sévérité. A son article 112, la loi de sécurité publique permet à l'autorité administrative d'ordonner le séquestre, en voie administrative, des écrits, imprimés, dessins, etc... qui portent offense à la morale ou aux bonnes mœurs. Et, sur l'application de ce texte, une circulaire ministérielle ⁴¹ recommande une énergique et prompt intervention, même s'il n'y a pas vraiment délit ni besoin de dénonciation judiciaire; elle rappelle, en outre, à ces mêmes autorités que cette loi leur donne une autre arme contre la presse immorale, par la possibilité de révocation de la licence nécessaire à tout imprimeur, éditeur, photographe ⁴².

(41) 30 oct. 1928.

(42) Art. 114 et 10.

Le nouveau code pénal ⁴³, après avoir puni de la réclusion de 3 mois à 3 ans quiconque accomplit des actes obscènes ⁴⁴, frappe de la même peine ou d'une amende de mille liras au minimum « quiconque dans le but d'en faire le commerce et la distribution ou même de les exposer, introduit dans le territoire de l'Etat, acquiert, détient, exporte, ou met en circulation des écrits, des dessins, des images ou autres objets obscènes de quelque espèce que ce soit » ⁴⁵; la même peine est applicable à qui fait de la publicité pour le commerce de tels objets ou donne des représentations cinématographiques ou théâtrales ayant caractère d'obscénité. Dans cette lutte contre l'immoralité il faut citer encore le règlement de police de la ville de Crémone : dans tout établissement, laboratoire, bureau, spécialement dans les cas de travail en commun des hommes et des femmes, celles-ci doivent porter des vêtements décents sous peine de licenciement. Et, dans le même sens, le podestat de Milan établit une amende contre les jeunes filles qui portent des robes courtes au-dessus des genoux ⁴⁶.

Nous disions que l'Etat s'ingérait en tout domaine. qu'il était autoritaire, avait sa morale propre, ceci, nous semble-t-il, en est une preuve frappante.

Dans le domaine physique, le gouvernement fas-

(43) Livre II, Titre XI : Délits contre la moralité publique et les bonnes mœurs; chap. II : des offenses à la pudeur et à l'honneur sexuel; Livre III, Titre I : des contraventions de police; cf. supra p. 18 et surtout infra.

(44) Art. 527.

(45) Art. 528.

(46) Cité par LO MONACO APRILE, dans *La politica assistenziale dell' Italia fascista*, p. 137.

ciste vise toujours les maladies sociales, causes de la décadence de la race : tuberculose, malaria, alcoolisme.

La tuberculose, dans les années 1925-1927, causait 171.975 morts, et, à cette même époque, on estimait à 900.000 le nombre des malades ⁴⁷. Pour lutter contre ce fléau, le fascisme s'est efforcé d'améliorer les services préexistants; il a rendu obligatoire dans chaque chef-lieu de province la constitution de consortiums destinés à coordonner les œuvres déjà établies dans la province, et à les suppléer en cas d'insuffisance ⁴⁸. Au président du consortium est concédé le droit de prescrire aux institutions légalement reconnues l'obligation de recevoir les tuberculeux quelque soit leur domicile de secours. L'assurance obligatoire contre la tuberculose, l'organisation de sanatoria, de preventoria, et les colonies de vacances ⁴⁹ intensifient la lutte; les travaux de bonification intégrale d'autre part, sont peut-être, en maintenant les gens à la campagne, le plus efficace moyen de défense contre la tuberculose.

Elle est certainement, en tout cas, le point central de la lutte contre la malaria, lutte qui comporte la prévention de ceux qui sont sains, l'assistance de ceux qui sont atteints. La province est appelée ⁵⁰ à intervenir directement pour intégrer les services

(47) Chiffres cités par LO MONACO APRILE, op. cit., p. 46.

(48) Loi du 23 juin 1927, n. 1276.

(49) Pour l'assurance obligatoire, cf. loi 20 mai 1928, n. 1132; aux colonies de vacances les faisceaux féminins envoyèrent ainsi

(50) Décret du 30 déc. 1923, n. 3841.
en 1929, 110.000 enfants.

communaux d'assistance et de prophylaxie « anti-malarique ». Des postes de distribution gratuite de quinine, des autos-ambulances facilitent l'œuvre d'assistance que complète, pour les enfants, la création de sanatoria spéciaux.

Luttant contre les maladies sociales, le fascisme ne pouvait oublier l'alcoolisme, véritable maladie lui-même et, très souvent, cause de bien d'autres, amoindrissant la résistance physique de l'individu. Il n'innovait d'ailleurs pas, en la matière : l'Italie connaissait déjà la limitation du nombre des commerces de boissons⁵¹. Actuellement la loi de sécurité publique établit comme condition à l'ouverture de tout café, hôtel, restaurant... l'octroi d'une licence de la part de l'administration⁵². Le nombre des débits de boissons ne peut être supérieur à un par 400 habitants, mais si les boissons dépassent 4 degrés d'alcool, le nombre des négoce ne sera pas supérieur à un par 1000 habitants, et si elles dépassent 21 degrés leur vente sera interdite les jours de fête et d'élections. En outre il est interdit de vendre toute boisson alcoolique aux mineurs de 16 ans⁵³.

Il faut signaler dans ce même domaine les dispositions visant le trafic des stupéfiants : le coupable dénoncé par le préfet est soumis au régime de « l'ammonizione » c'est-à-dire qu'il lui est prescrit de ne pas s'associer avec telle ou telle personne, de ne pas

(51) Loi du 29 juin 1913.

(52) Art. 84, loi 6 nov. 1926, n. 2848. En 1929, 8.507 débits ont été fermés, Lo MONACO APRILE, op. cit., p. 142.

(53) Art. 99.

rentrer le soir plus tard et de ne pas sortir le matin plus tôt qu'une certaine heure donnée ⁵⁴.

C'est là pourrait-on dire le côté négatif d'une politique d'amélioration physique de la race : elle tend à extirper le mal, mais là n'est pas l'essentiel, car, après avoir combattu les défauts, il faut perfectionner les qualités, c'est à ce but que tendent dans deux domaines distincts, l'Opéra national Dopolavoro pour les travailleurs, l'Opéra national Balilla pour la jeunesse.

L'Opéra national Dopolavoro ⁵⁵ intéresse surtout, quoiqu'en dise l'article du décret qui le définit, les travailleurs manuels ⁵⁶. « L'Opéra national Dopolavoro, dit ce décret, est institué avec siège à Rome, dans le but de promouvoir, a) le sain et utile emploi des heures libres des travailleurs intellectuels, et manuels par des institutions destinées à développer leurs capacités physiques, intellectuelles, b) de pourvoir à l'accroissement et à la coordination de telles institutions, leur fournissant ainsi qu'à leurs adhérents toute assistance nécessaire... » Cette définition complète, montre bien la tendance à la concentration de toute activité soit assistentielle, soit éducatrice, dans le dominium de l'Etat toujours soucieux de tout moyen susceptible de fortifier sa stabilité; elle n'énonce cependant que sommairement les diverses zones d'action d'une œuvre dont le développement

(54) Art. 166 à 179 de la loi de sécurité publique.

(55) Institué par le décret loi du 1^{er} mai 1925, n. 582.

(56) Art. I, et cf. dans notre sens LO MONACO APRILE, op. cit., p. 92.

va toujours croissant. Un patrimoine propre permet au conseil d'administration de donner réalisation aux lignes de conduite du décret ⁵⁷; ce conseil d'administration, son Président ⁵⁸, de même que le directeur général ⁵⁹, sont nommés par décret royal sur proposition du premier ministre, ce qui, évidemment est loin d'être prévu pour la dégager de toute influence politique.

L'Opéra a pour but d'organiser le sain et utile emploi des heures libres des travailleurs par des institutions destinées à développer leurs capacités physiques. Dans ce domaine la Fédération italienne d'excursions, la commission centrale des Jeux et sports du Dopolavoro sont les organes directeurs : des concours, des excursions, des championnats sont organisés; pour en montrer le succès, les chiffres sont évocateurs : en 1929, plus de 28.000 excursions entraînent hors des villes près de 40.000 travailleurs, plus de 300.000 adhérents participent aux manifestations sportives du Dopolavoro ⁶⁰. « Mens sana in corpore sano », oui, mais il ne faut cependant pas négliger l'esprit : des bibliothèques fixes ou circu-

(57) Art. 2. « L'Opéra national Dopolavoro a la personnalité juridique...; art. 3, « Le patrimoine de l'Opéra national Dopolavoro est constitué : a) par une contribution de 1.000.000 de lires fournie par le ministère de l'économie nationale; b) par des contributions d'administrations publiques, des associations et des particuliers; c) par des donations, legs des personnes morales et des particuliers; d) par des contributions des adhérents du Dopolavoro; e) par les revenus patrimoniaux.

(58) Art. 6, décret 1^{er} mai 1925.

(59) Art. 7, « un directeur général pourvoit à la réalisation des buts de l'œuvre suivant les délibérations du Conseil envers qui il répond de ses actions. Le directeur sera nommé pour la durée de 5 ans par décret royal sur proposition du Premier Ministre... »

(60) Lo MONACO APRILE, op. cit., p. 275.

lantes procurent aux adhérents les moyens de se cultiver; des conférences, des réunions offrent outre le plaisir d'une soirée passée en commun, un aliment littéraire ou artistique agrémenté de visites de musées et de galeries d'art. Car le côté artistique n'est pas négligé, ni la distraction en même temps éducatrice et moralisatrice. Le cinéma, le théâtre et la radiophonie sont utilisés largement dans ce but. Pour le cinéma, la ligne générale de conduite est l'établissement de salles dans les localités qui en sont privées, la création de cinémas ambulants, la prise de possession par les Dopolavoros des salles de cinéma du pays afin d'y faire passer des films moraux et éducateurs : dans le choix sont écartés les films passionnels, troublants, malsains, ou susceptibles de fournir aux ouvriers des idées perturbatrices.

Mais afin de créer la distraction au foyer familial lui-même, pendant une dizaine de minutes chaque jour, les principales stations italiennes transmettent des renseignements susceptibles d'intéresser les adhérents au Dopolavoro : renseignements sportifs d'éducation physique et morale, d'économie domestique, d'hygiène; pour ceux qui n'ont pas de postes chez eux des salles d'audition sont aménagées, ce qui n'est qu'un pis aller, car elles écartent l'ouvrier de sa famille. Des musiques, des chorales, un théâtre ambulant « il Carro di Tespi » complètent la formation artistique d'un peuple fort doué dans ce domaine. La constitution de jardins contigus aux maisons ouvrières fournissant une saine distraction

aux travailleurs urbains, l'attachant à la terre, le ramenant chez lui a une valeur éducatrice, une utilité économique certaines et dans ce dernier domaine il faut mentionner le concours pour l'ameublement économique organisé pour encourager la construction d'un mobilier élégant et à bon marché pour les petites bourses des employés et des ouvriers.

C'est vraiment ici une continuation de l'idée première du fascisme, protecteur de l'ouvrier réalisant la collaboration des classes, l'assistance plus large et mettant dans la rude vie de l'ouvrier un peu de ce baume intellectuel et artistique que l'égoïsme des classes possédantes veut souvent se réserver. C'est certainement, mieux que les lois et les décrets, une arme efficace contre l'alcoolisme, un élément de progrès démographique du point de vue qualitatif, un excellent moyen de fortifier la famille ⁶¹ dont le chef sera fortement incité à demeurer chez lui.

Pour les enfants, afin eux aussi de les fortifier physiquement et moralement, le Gouvernement fasciste a créé l'Opéra national Balilla ⁶² : un auteur fasciste en signalait l'importance, car, de la formation des enfants, dépend l'avenir de la nation ⁶³. C'est, d'ailleurs, une activité très légitime d'un gouvernement soucieux d'augmenter sa population en nombre et d'en accroître les qualités : il ne suffit pas, en effet,

(61) Cf. plus loin.

(62) Créé par la loi du 3 av. 1926, n. 2247; modifiée par le décret 9 janv. 1927, n. 5; cf. encore décrets : 9 av. 1928, n. 696, 14 juin 1928, n. 1557, et le règlement du 9 janv. 1927, n. 6; cf. *Legislazione fascista*, vol. II, p. 1299-1300.

(63) Dans Mussolini e il fascismo, l'article de Ricci « Balilla e Gioventù fascista », p. 316.

de conserver les hommes sains, il faut préserver la jeunesse des défauts physiques ou moraux dont il est plus difficile de guérir dans l'âge mûr ⁶⁴. C'est le but de l'Opéra national Balilla, institué « pour l'assistance et l'éducation physique et morale de la jeunesse » ⁶⁵. Sa fonction éducatrice très large, telle, nous dit un auteur, qu'elle peut concourir de façon très efficace à l'amélioration physique et morale de la race » ⁶⁶, se réalise au moyen de deux institutions : les Balillas, et les Avant-Gardes. Des Ballilas font partie les enfants de 8 à 14 ans, des Avant-Gardes les jeunes gens de 14 à 18 ans. L'originalité de l'œuvre est certaine, et, création d'un Etat s'ingérant en tout domaine, elle est soumise à sa haute surveillance ⁶⁷ : l'administration centrale (conseil central, assemblée exécutive) nommée par le premier ministre a pour président un officier de la Milice, pour membres de nombreux représentants des divers ministères ⁶⁸. L'assemblée exécutive nommera les membres dans chaque province du comité provincial, ratifiera la nomination des membres du comité communal et en surveillera l'activité ⁶⁹. C'est là un système parfait d'intégration de toutes les œuvres locales dans l'orbe étatique, et cette œuvre totalitaire

(64) Il faut signaler également l'interdiction faite aux commerçants de fournir des boissons alcoolisées aux mineurs, et de même pour le tabac : art. 99 de la loi de sécurité publique, et loi du 10 déc. 1925.

(65) Art. I, loi 3 avril 1926, n. 2247.

(66) Lo MONACO APRILE, op. cit., p. 260.

(67) Cf. chap. III du règlement administratif pour l'application de la loi du 3 av. 1927.

(68) Art. 10, loi du 3 avril 1926.

(69) Art. 12 et 14 de la loi citée; art. 12 et 36 du règlement.

dans son but est devenue exclusive de toute autre institution : est interdite en effet « toute formation ou organisation même provisoire qui se propose de promouvoir l'instruction, l'apprentissage d'une profession, d'un art ou d'un métier ou en toute autre façon l'éducation physique, morale, intellectuelle des jeunes gens » ⁷⁰.

Quand on saura, en outre, que l'éducation physique dans les écoles est confiée à l'Opéra national Balilla, on peut juger de l'étendue de son activité et, dans la définition qu'en donne la loi, on voit l'amplitude et la complexité de l'œuvre : la formation intégrale de la jeunesse. Certes, en constituant une œuvre unique, c'est lui donner plus de force, c'est éviter un gaspillage de ressources, mais c'est aussi constituer un rigoureux monopole d'Etat, contraire aux droits naturels du père de famille et à la liberté de leur exercice, mais bien conforme aux principes du fascisme exprimés par Mussolini lui-même. « Seul l'Etat avec ses moyens de toute espèce peut remplir cette tâche (l'éducation) » ⁷¹.

Cette tâche, il la remplit de fait : l'institution en effet doit pourvoir : a) à répandre chez les jeunes gens le sentiment de la discipline et de l'éducation militaire, b) à l'instruction prémilitaire, c) à l'instruction gymnico-sportive, d) à l'éducation spirituelle

(70) Décret du 9 janvier 1927, n. 5.

(71) Les auteurs italiens sont d'ailleurs en majorité de cet avis. cf. par ex. CORSO « c'est l'Etat qui a seul le droit d'assurer l'éducation totale des jeunes générations, de former selon ses vues le corps et la mentalité des adolescents ». *Lo stato fascista*, p. 372.

et culturelle, e) à l'instruction professionnelle et technique, f) à l'éducation et à l'assistance religieuse ⁷². Dans cet immense rôle que joue l'Opéra, l'éducation militaire, quoi qu'elle ait, selon certains, une influence excellente sur le développement physique, ne nous intéresse pas directement, du point de vue démographique ⁷³; l'activité déployée par l'Opéra dans le domaine de l'éducation physique et morale ⁷⁴ est en plein développement : la disposition des cours dans les collèges, la création de terrains de sports ⁷⁵, les colonies de vacances, où règne une discipline quasi militaire, permettant une forte formation physique de la jeunesse, des croisières sur des bateaux spécialement affectés complètent cette formation, des cours

(72) Règlement technico-disciplinaire : 9 janv. 1927, art. 10.

(73) Bien conforme aux idées de Mussolini qui déclare que « l'éducation guerrière est nécessaire », elle a un rôle politique immense : les Avant-Gardes en effet à 18 ans sortent des cadres de l'Opéra national Balilla pour rentrer directement dans les rangs de la Milice volontaire pour la sécurité nationale. La cérémonie se déroule le jour anniversaire de la fondation des faisciaux; le jeune milite y reçoit le fusil « avec la même joie et le même esprit avec lesquels le jeune romain recevait la toge virile ». R. Ricci, op. cit., p. 322; c'est d'ailleurs militairement que sont organisés les groupements de Balillas : art. 4, règlement disciplinaire cité.

(74) Au point de vue de l'assistance religieuse, le règlement technico-disciplinaire dispose : art. 36. « La haute direction de l'éducation et de l'assistance religieuse est confiée à un inspecteur central choisi parmi les ministres du culte catholique.

De l'éducation et de l'assistance religieuse près les groupements sont chargés, au nombre de un par cohorte, des prêtres catholiques avec le titre de chapelains de l'opéra national Balilla. Art. 38 « ... L'assistance religieuse est donnée selon la foi et la pratique catholique. » Il est peut-être permis de douter de l'efficacité de ces mesures quand on voit des matinées entières de dimanche consacrées à des promenades ou à des exercices.

(75) Dans le domaine des sports le gouvernement encourage d'ailleurs les manifestations les plus importantes : il donnait ainsi en 1923, 100.000 liras au comité olympique. En 1925, 500.000 liras pour le concours fédéral de Cagliari, en 1926, 900.000 liras pour les olympiades, etc... chiffres cités dans Legislazione fascista, vol. II, p. 1295 à 1298.

professionnels, surtout d'agriculture, facilitent la tâche ruralisatrice du gouvernement; et, parachèvement de cette œuvre immense, l'assistance est largement fournie au moyen de médecins attachés à chaque légion, d'hôpitaux, de préventoria, de sanatoria pour les enfants besogneux ⁷⁶.

Tandis qu'aux garçons est offerte l'organisation des Balillas, les filles sont réunies dans les organisations des « *Piccole italiane* » et des « *Giovani italiane* »; sans doute s'attachent-elles au développement physique, mais, il faut le dire, chez elles les sports ne sont pratiqués que dans une très sage mesure ⁷⁷ et l'essentiel de leur activité consiste dans des cours d'économie domestique comportant « la journée de l'hygiène, la journée de la maison, la journée de la puériculture, la journée de l'assistance ». N'est-ce pas là une œuvre vraiment démographique, un appel à la femme vers son vrai rôle d'intelligente maîtresse de maison ? La tâche de l'œuvre en effet « est de préparer dignement à la vie la future mère des nouvelles générations, parfaite comme femme d'intérieur non seulement dans les manifestations pratiques de la vie quotidienne mais aussi d'un esprit profondément fasciste » ⁷⁸.

Cette activité assistentielle et éducatrice, créatrice d'un milieu sain et s'attachant à y faire vivre des

(76) Cf. rapport du Président de l'œuvre sur l'activité déployée dans le dernier trimestre de 1930 et les nouvelles perspectives pour 1931, *Messagero*, 11 janvier 1931.

(77) Les sports pratiqués sont, l'alpinisme, la danse, la gymnastique rythmique; cf. *Messagero*, 15 janv. 1931.

(78) Cf. *Messagero*, date citée.

hommes plus robustes, des enfants, des jeunes gens plus développés physiquement et moralement, est couronnée par une œuvre aux fonctions multiples, l'Opéra national pour la protection de la maternité et de l'enfance. L'œuvre des Balillas protège en effet l'enfant en âge déjà d'être écolier, mais il faut et de nécessité peut-être plus absolue, avec une efficacité sans doute plus certaine l'assister dès sa naissance et dans les années successives; il le faut même avant sa naissance, en procurant à sa mère les soins que ses conditions économiques ne lui permettent pas d'avoir ou que l'inexpérience de son entourage ne saurait lui donner. La politique démographique consiste, sans doute, à favoriser l'accroissement des naissances mais aussi à éviter les morts; et lutter contre la mortalité infantile en est un des plus efficaces instruments ⁷⁹. De plus, et le développement de la race y est puissamment intéressé, il faut prévoir les enfants anormaux, soit physiquement, soit moralement. A tous ces buts répondent diverses institutions centralisées dans l'Opéra pour la protection de la maternité et de l'enfance, originale construction, non seulement d'assistance, mais aussi de diffusion dans le pays d'une connaissance plus rationnelle des principes d'hygiène et de puériculture.

Jusqu'en 1925, date de la création de « l'Opéra », l'œuvre de protection des femmes et des enfants était

(79) « Pour veiller sur le destin de la race il faut la protéger à commencer par la maternité et par l'enfance ». Mussolini, Ch. des Députés, séance du 26 mars 1927, cité dans *Legislazione fascista*, vol. II, p. 630.

remplie par des institutions publiques et privées de bienfaisance à caractère charitable : leur activité était réglée en toute liberté par leurs statuts et souvent limitée par la faiblesse de leurs moyens financiers. Au moment où se déclancha la marche sur Rome, une commission élaborait un meilleur système d'assistance; les travaux de cette commission servirent au gouvernement fasciste et dès les difficultés les plus graves du nouveau régime résolues, le ministre de l'intérieur Federzoni prit l'initiative d'une réforme de l'assistance et obtint, après autorisation du chef du gouvernement, le vote de son projet ⁸⁰. Ce n'est pas là une loi de bienfaisance mais d'assistance sociale, d'amélioration de la race : à sa base il n'y a donc pas la charité, elle n'a pas pour but de satisfaire des intérêts privés mais l'intérêt de l'Etat conciliable cependant avec les égoïsmes individuels en ce seul sens que, du niveau physique de chaque élément de la population, dépend la force de la population entière et donc de l'Etat, incarnation des générations présentes et futures. C'est dans cet esprit, et en vue d'assurer une efficace protection de la maternité et de l'enfance qu'est organisé le système assistentiel de la loi de 1925 : elle crée des organes techniques, l'Opéra national pour la protection de la maternité et de l'enfance, les fédérations provinciales, les patrons et comités de patronage ⁸¹.

(80) Loi du 10 décembre 1925, n. 2277; elle fut ensuite modifiée par un décret du 21 octobre 1926, n. 1904, et complétée par le règlement du 15 avril 1926.

(81) Dans les développements qui vont suivre nous nous sommes inspirés des deux livres de LO MONACO APRILE : *La legislazione*

La direction des services de protection et d'assistance est confiée à l'Opéra, personne morale publique chargée aussi de tâches revenant normalement à l'Etat et ainsi remises à l'activité d'une entreprise autonome dont l'initiative sera sans doute plus efficace que les lenteurs de la bureaucratie d'Etat. Les différents textes constitutifs classifient ses activités en trois catégories ⁸² : intégration et coordination de l'activité déployée par les institutions d'assistance, pouvoir de surveillance et de contrôle ⁸³, de chaque institution, fonctions de surveillance de l'application de la loi et de propagande. Dans ce dernier domaine le règlement ⁸⁴ prévoit la création, près des hôpitaux et maternités, de cours de puériculture pour les lauréats en médecine et en chirurgie et pour les sages femmes, et des examens dont le succès donne droit à un diplôme de perfectionnement, d'écoles théorico-pratiques pour les assistantes sanitaires visiteuses qui veulent acquérir le diplôme d'aptitude à l'exer-

assistenziale nel diritto fascista, et, la Politica assistenziale dell'Italia fascista.

(82) Arts 4 à 7, loi 10 déc. 1925 : art. 4 « L'Opéra national pourvoit à la protection des femmes en couches et des mères besogneuses ou abandonnées, des enfants à la mamelle ou sevrés jusqu'à la cinquième année... l'Opéra intègre les œuvres déjà existantes de protection de la maternité et de l'enfance et en favorise les initiatives.

Il favorise en outre la diffusion des règles d'hygiène prénatale et infantile dans les familles et dans les institutions... elle veille à l'application des dispositions législatives et réglementaires...

Art. 5 « L'Opéra national est investi d'un pouvoir de surveillance et de contrôle sur toutes les institutions publiques et privées pour la protection de la maternité et de l'enfance...

(83) Aussi la constitution de toute institution d'assistance nécessite l'avis de l'Opéra, les statuts et toutes modifications lui sont soumis (art. 50 du règlement), ceci afin d'éviter le danger d'initiatives trop hardies ou intéressées, d'augmenter, par une coordination plus complète et en écartant toute déperdition de forces, le rendement pratique.

(84) Art. 59.

cice de leurs fonctions; l'Opéra doit en outre organiser des cours populaires d'hygiène et d'assistance infantile, des chaires ambulantes de puériculture, et s'entendre avec le ministre de l'éducation nationale pour l'enseignement, dans les écoles de jeunes filles, des notions les plus essentielles d'hygiène et d'assistance ⁸⁵.

L'Opéra, organe central, étend son activité à la périphérie et pour en assurer l'efficacité, elle s'appuie sur le concours d'organes locaux, provinciaux et communaux.

« Dans chaque province est constituée entre toutes les institutions publiques et privées ayant pour but la protection et l'assistance de la maternité et de l'enfance, une Fédération dirigée par un Conseil » ⁸⁶. C'est la coordination au second degré, logique application du principe rigoureusement fasciste du développement de l'Etat, de la forte discipline qui doit brider toute indépendance en vue d'un résultat en commun plus considérable. L'intérêt de l'Etat à l'amélioration de la race, son ingérence en tout domaine, surtout quand il touche à la politique, se manifeste dans la composition du conseil directeur ⁸⁷ et de l'assemblée exécutive de chaque Fédération provinciale : les membres élus sont pour partie choisis par les Faisceaux, et parmi les membres de

(85) Art. 54, règlement 15 avril 1926.

(86) Art. 8, loi 10 déc. 1925, et 78 à 81 du règlement.

(87) Cf. *LO MONACO APRILE* : La legislazione assistenziale dell'Italia fascista, p. 131 à 137.

droit, on trouve le secrétaire de la Fédération provinciale fasciste ⁸⁸.

Les tâches de ces Fédérations sont à un degré inférieur, avec plus de détails, les mêmes que celles de l'Opéra, mais particulièrement elles doivent veiller à ce qu'une personne ne reçoive pas l'assistance de plusieurs côtés et à ce que toute personne qui quitte un établissement reçoive les soins d'une autre institution; elles doivent aussi s'assurer de la marche des institutions fédérées par des visites, interrogatoires dont le président du conseil directeur peut décider ⁸⁹ et afin d'assurer l'efficace coordination des fédérations provinciales, elles sont placées sous la surveillance de l'Opéra qui vérifie toutes leurs délibérations ⁹⁰.

« Dans chaque commune la réalisation des tâches de l'Opéra, pour la protection de la maternité et de l'enfance, est confiée à des patrons de l'un et l'autre sexe, choisis par l'assemblée exécutive de la Fédération provinciale parmi les personnes d'une indiscutable probité et droiture, et si possible expertes en matière d'assistance maternelle et infantile » ⁹¹. Ces patrons organisent l'assistance de la maternité, exercent une surveillance sur les enfants placés en dehors de la demeure de leurs parents, s'occupent de l'assistance des enfants anormaux ou abandonnés, veillent

(88) Le conseil directeur est composé de 21 membres, l'assemblée exécutive de 9, art. 8, loi cit. et art. 82 à 92 du règlement.

(89) Art. 94 et 97 du règlement.

(90) Art. 100 à 102 du règlement.

91) Art. 10, loi cit.; le conseil directeur de la Fédération provinciale s'en référera pour la nomination au podestat, au juge, au président de la Congrégation de charité, au curé (art. 103 du règlement).

sur les enfants et dénoncent à l'autorité, tout fait pouvant entraîner la perte de la puissance paternelle ou dérogatoire aux lois sur les travail des enfants : ces fonctions d'organisation, d'assistance, de protection et de surveillance donnent aux « patrons » une sphère d'activité extrêmement vaste surtout que, suivant la loi, « ils peuvent prendre toutes autres initiatives qui peuvent être nécessaires pour la protection de la maternité et de l'enfance » ⁹². Afin cependant de coordonner leur activité, la loi prévoit la réunion des patrons dans chaque commune en un ou plusieurs « comités de patronage » suivant la population, chaque patron exerçant son rôle dans sa zone d'assistance : si en effet la commune dépasse 5.000 habitants, elle est divisée en zones dont chacune a un comité ⁹³. Celui-ci a un rôle restreint : recueillir les fonds, coordonner l'activité des patrons et, par son président, prendre connaissance de leurs initiatives. C'est réellement le patron l'organe local de l'Opéra, c'est lui qui permet l'extension de la protection aux communes; il fallait, dans chaque commune, des organes individuels qui puissent, sans besoin d'un vote d'une assemblée, prendre les initiatives urgentes. Le rôle des patrons est dès lors extrêmement important; de son exacte compréhension et de sa généreuse exécution dépend l'efficacité de l'Opéra : la loi, pour donner plus d'autorité à celui qu'elle investit d'une telle marque de confiance, lui confère le caractère d'officier public ⁹⁴.

(92) Art. 10 cité et 110 du règlement.

(93) Art. II de la loi et 105 du règlement.

(94) Art. III du règlement et cf. LO MONACO APRILE, op. cit.,

Mais, quelle que-soit leur bonne volonté, il est certaines tâches qu'ils ne peuvent remplir eux-mêmes : ce sont celles qui exigent une préparation technique spéciale ou consistent en services de surveillance matérielle. Dans ce but, le règlement a prévu des assistantes visiteuses⁹⁵, volontaires ou rétribuées; « elles servent de lien entre les œuvres d'assistance et les familles des assistés ». Elles aident, dans les consultations, les dispensaires, se rendent compte, par des visites aux maisons, des conditions de milieu, donnent des conseils, et concourent à la surveillance des mineurs placés en dehors de leur famille. C'est là le dernier terme de l'Opéra national pour la protection de la maternité et de l'enfance, le dernier organe d'un système d'intégration et de coordination extrêmement précis, coordination verticale, pourrait-on dire, en remontant des organes communaux aux Fédérations provinciales, groupées elles-mêmes dans l'Opéra national, horizontale, en tant que toutes les institutions provinciales sont groupées dans la Fédération, que l'assistance communale fournie par les patrons est coordonnée par un comité de patro-

p. 140, 141 il y dit encore, précisant la nouveauté du rôle attribué aux patrons : cette nouvelle conception du rôle des patrons, absolument neuve en Italie n'a pas été encore bien comprise même des intéressés et a donné lieu à de vives critiques... Beaucoup ne voient dans le patron qu'un membre du comité, tenu donc seulement d'assister aux réunions du comité; c'est aller contre l'esprit et la lettre de la loi qui conçoit l'œuvre du patron comme un véritable apostolat...

(95) Art. 118. Celui-ci prévoit en outre à titre facultatif et suivant les possibilités de la commune la nomination dans certaines zones « d'agents de protection » choisis parmi des personnes d'une conduite morale indiscutable avec charge d'aider les patrons dans l'exercice de leurs attributions.

nat, pour l'exécution du vaste programme de défense et d'amélioration de la race.

Pour bien voir qui peut prétendre aux secours de l'œuvre, il faut se rappeler que la loi du 10 décembre 1925 n'est pas une loi de bienfaisance mais d'assistance sociale : elle n'a pas un but de charité, ni ne vise, en soulageant des misères, à donner satisfaction à des sentiments de philanthropie; son but est d'assurer à l'Etat pour sa conservation, sa force, le développement physique des diverses générations. Et, puisqu'il s'agit de développement, l'assistance sera refusée aux enfants incurablement tarés ou infirmes : pour eux la Société déploie une activité qui malgré un caractère assistentiel relève de ses services de police car il s'agit de défendre la Nation contre des éléments, obstacles au progrès, il s'agit comme le dit Mr. Lo Monaco Aprile « de sécurité publique » ⁹⁶.

En application de ces principes, le règlement du 15 avril 1926 admet à l'assistance ⁹⁷, les femmes grosses et les mères filles ou veuves abandonnées ou privées de ressources suffisantes ⁹⁸, toute femme grosse ou mère légitimement mariée abandonnée par son mari ou lorsque celui-ci n'est pas en état de subvenir à l'entretien de la famille ⁹⁹, les enfants à la mamelle et sevrés jusqu'à l'âge de 5 ans, enfants de

(96) Op. cit., p. 146.

(97) Arts 121 et 122.

(98) Le mot ne semble pas exiger l'état de pauvreté absolue mais une certaine pauvreté relative ne permettant pas de s'entourer des soins nécessaires en de telles circonstances.

(99) L'art. 121 spécifie que ne sont admises à l'assistance que les mères qui élèvent directement leurs enfants; mesure excellente, prise sans doute dans le but de renforcer les liens de la mère à l'enfant en obligeant celle-ci par exemple à l'allaitement.

parents qui ne peuvent leur fournir les soins nécessaires, les enfants de tout âge appartenant à des familles besogneuses et principalement les enfants exposés à l'abandon. D'autre part, sont encore admis à l'assistance jusqu'à 18 ans, les enfants matériellement ou moralement abandonnés, anormaux éducatibles, oisifs, vagabonds, les orphelins, etc.¹⁰⁰. Le principal but est de lutter contre la mortalité infantile par les soins donnés à la mère pendant la grossesse, au moment de la délivrance et après, par les soins donnés aux enfants et particulièrement à ceux chez qui la mort fait de si grands ravages, les enfants illégitimes; outre ce but, la loi ouvre à l'Opéra un vaste travail de préservation physique et morale, d'éducation ou de rééducation.

L'assistance à la mère commence à la période de grossesse : des infirmeries ambulantes la lui assurent afin d'éviter son éloignement de la maison familiale¹⁰¹; cependant, en cas d'incompatibilité du logement de la mère avec les soins à donner, les institutions d'assistance doivent la recevoir dès le huitième mois de grossesse et jusqu'à 4 semaines après l'accouchement¹⁰², et pour le faciliter, l'Opéra tâche de faire correspondre avec le besoin le nombre des maternités et institutions similaires.

Après l'accouchement, l'assistance est fournie à la mère et à l'enfant par des bureaux de consultation

(100) L'art. 122 donne une plus longue énumération que nous avons résumée.

(101) Art. 123 et s. Règlement 15 avril 1926.

(102) Sur ce point LO MONACO APRILE nous dit que malgré le droit absolu des femmes à leur admission les établissements ne s'y prêtent que de mauvaise grâce.

infantile établi dans chaque commune¹⁰³ et même dans chaque zone assistentielle : tous les enfants présentés par leur mère sont admis gratuitement quelle que soit leur condition sociale¹⁰⁴; aux mères dans le besoin, il est distribué, sur proposition des assistances visiteuses, les divers éléments du trousseau de l'enfant; des réfectoires annexés au bureau de consultation, des distributions de lait, des cuisines infantiles viennent alléger pour les femmes les charges de l'éducation.

Mais, attaquant le fléau de la mortalité infantile dans toutes ses causes, l'Opéra national pour la protection de la maternité et de l'enfance a rendu plus efficace la protection des femmes travaillant durant la grossesse, l'accouchement, l'allaitement. Et il l'a rendue plus complète en comprenant dans la protection les femmes employées à des travaux industriels ou commerciaux; les patrons doivent en effet s'employer « à ce qu'il soit consenti par les propriétaires, gérants ou directeurs des entreprises dont elles dépendent, qu'elles s'abstiennent du travail durant le dernier mois de la grossesse, de prolonger le repos un mois après l'accouchement »¹⁰⁵. Le fournisseur de travail doit reprendre la femme après ce délai et lui accorder pendant un an des périodes de repos pour allaiter son enfant. Les patrons, malgré la précision et la répétition de textes

(103) Art. 132, règlement cité.

(104) Art. 134.

(105) L'art. 6 du décret 10 nov. 1907, n. 818 ne prévoyait le repos qu'après l'accouchement et encore ne s'appliquait-il qu'aux femmes employées aux travaux industriels.

formels, méconnaissent leur devoir et pourtant il s'agit ici de règles destinées « non à satisfaire des intérêts individuels mais à porter une efficace contribution à l'œuvre grandiose de protection des nouvelles générations. Tout donneur de travail devrait donc sentir le devoir de collaborer de toutes ses forces à cette grande œuvre démographique du plus haut intérêt national » ¹⁰⁶.

On ne saurait, dans la lutte contre la mortalité infantile, contester la haute importance des soins fournis à la mère, mais, sa protection assurée, il faut assister l'enfant et principalement ces innocentes victimes de l'égoïsme humain qui sut prendre le plaisir et ne veut pas accepter les devoirs : les enfants illégitimes, les enfants abandonnés. L'efficacité de leur protection était pour le moins douteuse, il n'y a encore que quelques années : l'anachronique système du « tour » subsistait et le manque de coordination des institutions d'assistance en occasionnait le fonctionnement arbitraire et surbordonnait à des exigences budgétaires la santé des enfants. Une première réforme ¹⁰⁷ échoua devant l'inertie des administrations provinciales; aussi, afin de mettre fin à cette obstruction, une nouvelle réforme ¹⁰⁸ conféra la direction de l'assistance à l'Opéra pour la protection de la maternité et de l'enfance, tout en confiant l'exécution de détails à l'administration provinciale : elle y pourvoit au moyen de la distribution de sub-

(106) LO MONACO APRILE, *Politica assistenziale dell'Italia*, p. 226.

(107) Décret, 16 déc. 1923, n. 2900.

(108) Décret 8 mai 1927, n. 798, complété par le règlement du 29 déc. 1927.

sides aux mères qui élèvent leurs enfants ou par la réception et l'entretien de ces enfants dans les asiles¹⁰⁹. Afin d'éviter les soucis financiers des administrations provinciales, les dépenses sont anticipées par la province qui les répartit proportionnellement entre les communes, sauf le montant de la contribution de l'Opéra.

Ont droit à l'assistance les enfants abandonnés, les enfants pour qui est demandée l'assistance publique, nés dans la commune d'unions illégitimes, et déclarés à l'état civil comme enfants d'inconnus, tout enfant né d'une union illégitime reconnu par sa mère qui prouve son état de pauvreté et allaite ou élève directement son enfant¹¹⁰. L'enfant doit être remis directement à l'institution d'assistance, c'est-à-dire que l'antique système du tour est aboli; de plus, l'institution de refuge doit rechercher la mère afin d'en constater les conditions sanitaires, de procurer à l'enfant l'allaitement et inciter la mère à reconnaître son enfant¹¹¹. Ces recherches, d'ailleurs, doivent rester secrètes, et le résultat n'en sera montré qu'à l'enfant assisté arrivé à sa majorité. C'est là, unir avec intelligence l'assistance de l'Etat et celle, plus affectueuse et efficace de la mère, c'est donner à l'enfant la meil-

(109) Art. 1 à 4, décret 8 mai 1927, n. 798.

(110) L'assistance de la dernière catégorie d'enfants est à la charge de l'Opéra pour la protection de la maternité..., celle des deux autres à la charge des Provinces et des Communes. Art. 4 cit.

(111) Art. 9, décret cité; il rend cette recherche absolument obligatoire pour l'Institution; la mère au contraire n'est aucunement forcée de reconnaître son enfant, mais afin d'écartier des entraves pécuniaires possibles, l'art. 11 déclare applicable ici l'art. 4 du tarif annexé à la loi notariale du 10 février 1913, n. 89 qui prévoit la gratuité de l'acte de reconnaissance si la partie intéressée fournit un certificat d'indigence.

leure éducatrice et lui éviter bien des amertumes : dans cette œuvre de haute moralité, la loi a tout fait pour réussir; elle accorde, en effet, un prix à toute mère qui reconnaît son enfant confié à l'assistance et des subsides pour l'élever¹¹². Cependant, l'Etat dans son intérêt, afin d'éviter une mortalité infantile extrêmement élevée, ne va-t-il pas, par cette dernière mesure, détourner du mariage certaines personnes qui en constituant une famille légitime devraient compter sur leurs propres forces pour subvenir à ses besoins ? Pour éviter l'immoralité de l'abandon de l'enfant, la loi ne favorise-t-elle pas dans une autre immoralité celle du concubinat non plus par passion, mais par calcul ? Peut-être, mais ce qui est certain, c'est que la loi permet à la femme de reconnaître sans trop de dommages économiques l'enfant qu'elle a mis au monde, d'en accepter les charges et il est vraisemblable qu'à l'école du devoir, cette femme réapprendra bien des principes de morale et d'honnêteté¹¹³.

L'activité de l'Opéra national pour la protection de la maternité et de l'enfance s'exerce encore envers les enfants qui ne sont plus dans la période de la première enfance mais ont cependant encore besoin, dans l'intérêt de leur développement sain et régulier d'une protection physique et morale. Dans

(112) Art. 25, règlement 29 déc. 1927.

(113) D'autre part l'Opéra national pour la protection de la maternité et de l'enfance a pris l'initiative de prix de mariage. Elle verse par anticipation les subsides successifs à percevoir, à qui se marie en légitimant ses enfants : on a eu ainsi à Rome dans les 10 derniers mois de 1930, 88 mariages emportant légitimation de 116 enfants. Et il en fut de même dans les autres villes du royaume. Cf. Messagero du 24 février 1931.

ce but, l'Opéra complète et coordonne les services d'assistance anti-tuberculeuse, elle recueille les enfants abandonnés qu'elle tâche de placer dans d'honnêtes familles de la campagne, apportant ainsi son aide à la politique ruralisatrice du gouvernement, réalisant certainement une œuvre de prévention morale¹¹⁴; pour les mineurs dévoyés il ne s'agit plus de prévention, mais de rédemption : les organes de l'Opéra après s'être rendu compte de la possibilité d'amendement de l'enfant le remettent à ses parents, ou à une famille, ou à une institution de rééducation; le contrôle veillera à ce que de sages principes soient employés dans cette œuvre et que surtout soient bannie la rigueur d'excessifs châtiments corporels. Ce contrôle d'ailleurs est extrêmement général, puisque tout mineur placé en dehors de la demeure de ses parents est sous la surveillance des « patrons » et en reçoit la visite tous les mois¹¹⁵.

Telle est en gros et, tout au moins dans ses éléments les plus originaux, la politique démographique du facisme : politique du nombre, c'est-à-dire réduction des morts et accroissement des naissances, politique de la qualité, politique moralisatrice. Faut-il en tirer des conclusions hâtives, se féliciter de ses heureux résultats sur l'augmentation des naissances, du nombre des mariages, la réduction de la mortalité

(114) Art. 170 à 187 du règlement du 15 avril 1926. Avant d'être placé l'enfant doit être mis en observation « dans le but d'en vérifier les conditions particulières » (art. 175), « les frères et les sœurs doivent être si possible placés près de la même famille ou tout au moins dans la même commune », art. 176; Lo MONACO APRILE déclare d'ailleurs qu'il est difficile de trouver des familles disposées à recevoir des enfants; politica assistenziale, p. 238.

(115) Art. 182 à 187, règlement cité et 224.

infantile ? Sans doute a-t-elle une certaine influence, mais ne serait-il pas plus prudent de garder la sage réserve de Mussolini lui-même : « je ne veux pas, disait-il tirer de conclusions hâtives de la légère reprise de la natalité à Milan. Ma politique démographique ne peut encore avoir porté ses fruits » ¹¹⁶.

Dans le domaine de la ruralisation, point de mire cependant de la législation fasciste, les résultats ne semblent pas heureux. Faut-il y voir un argument contre l'utilité de toute politique démographique ¹¹⁷ ? nous ne le croyons pas et, « même si les lois étaient inutiles, il faudrait tenter comme on tente toutes les médecines, même et surtout quand le cas est désespéré » ¹¹⁸. Et si le problème de la population relève surtout de la morale, ce n'est pas une raison pour nier à la politique toute valeur : bien comprise en effet, elle a pour but le bien commun et non seulement matériel mais moral. C'est d'ailleurs une justice à rendre au fascisme que d'en avoir compris la vraie nature : Mussolini ne l'indique-t-il pas quand il parle des lois « aiguillons des mœurs », et surtout il a porté le problème sur son vrai terrain en attaquant le mal à sa racine dans une vaste politique familiale ?

(116) Préface de Mussolini au livre de R. KORRHER, *Regresso delle nascite, morte dei popoli*.

(117) Rome qui comptait en 1921, 691.000 habitants voyait au 21 avril 1931 le chiffre de sa population passer à 999.176; le correspondant du Temps commentant ce fait disait « comme on le voit c'est surtout depuis le fascisme que Rome s'est brusquement hypertrophiée et cela en dépit de toute une littérature démographique consacrée à démontrer que le développement toujours plus étendu des grandes cités est une des plus graves caractéristiques de notre temps et se rapproche d'un phénomène pathologique. Cf. Le Temps du 1^{er} juillet 1931.

(118) MUSSOLINI, préface citée.

C'était dans la logique de son système : c'était son intérêt. La famille en effet, société naturelle, antérieure à l'Etat, est le nœud de l'organisation sociale, sur elle repose la force de la structure de l'Etat : l'Etat fasciste qui est l'Etat fort veut une famille forte; ce sera pour lui une source d'accroissement de puissance, toujours dans la ligne de la subordination des intérêts individuels aux besoins supérieurs de la nation. C'est là un intérêt purement politique.

Mais, du point de vue démographique, l'essentiel du problème réside dans la question familiale. Le but d'une politique démographique n'est pas de se procurer par tous moyens le plus grand nombre possible de vivants : il suffirait alors de favoriser la bigamie, de protéger l'union libre, c'est-à-dire de retourner à la plus barbare des immoralités au grand dam d'ailleurs de l'Etat. Le but d'une intelligence politique démographique est d'augmenter le nombre des naissances et d'avoir des générations saines, préparées physiquement et moralement à la vie sociale : c'est dans ce sens que l'on peut dire qu'une politique de la population doit être essentiellement une politique de la famille ¹¹⁹. Par sa définition même, la famille répond aux buts d'une politique démographique : ses fins essentielles, en effet, sont la procréation, l'assistance et l'éducation. C'est surtout sur la famille qu'il faut compter pour accroître le nombre des naissances, c'est à elle que l'Etat devra s'adresser pour avoir beaucoup d'enfants sains. La mortalité infantile recrute ses victimes les plus nombreuses parmi

(119) Semaines sociales de Grenoble, compte rendu, p. 409.

les enfants illégitimes de même que les criminels comptent dans leur nombre une forte proportion de bâtards.

Décadence numérique, décadence physique, décadence morale, tel serait le bilan de la désagrégation familiale, en dépit de toutes les mesures et de leur ingéniosité. C'est pour l'éviter que le fascisme fait un louable effort en faveur de la famille dans le domaine économique, moral et juridique.

Toute la politique démographique est orientée dans le sens familial, la politique assistentielle se révèle subsidiaire de l'activité familiale; toutes deux, en un mot, luttent pour le retour à la famille. Et tout d'abord la politique ruralisatrice : les lois agraires de bonification prévoient le transport vers les zones à irriguer, à canaliser, non d'ouvriers isolés mais des familles tout entières et le versement de subsides spéciaux pour la construction de maisons ouvrières¹²⁰. Pour les ouvriers des villes, l'Opéra national Dopolavoro¹²¹ déploie, dans un milieu où la désagrégation familiale tendrait le plus à se développer, une large et opportune activité. Dans les séances de cinéma ou de T.S.F. qu'offrent les groupements locaux, toute propagande antifamiliale est rigoureusement exclue. D'autre part, afin de renforcer l'amour de la maison familiale, d'y maintenir le père et les enfants réunis, l'Opéra national Dopolavoro encourage fortement la création des maisons ouvrières, des jardins potagers;

(120) Il n'est pas douteux qu'à l'intérêt familial et démographique de telles mesures s'ajoute un but politique, les milieux ruraux étant le plus souvent un élément de stabilité politique.

(121) Cf. *supra*, p. 28.

agréable lieu de rendez-vous pour toute la famille, il sera pour le père une saine distraction; « sa diffusion contribuera à cimenter l'unité familiale, habituera au travail de la terre, éloignera du vice » ¹²². A cette œuvre se rattachent étroitement les initiatives déployées en vue de la construction de maisons ouvrières, et les ingénieux concours entre ouvriers pour la décoration de leurs maisons.

Pour maintenir la mère à son foyer, l'assistance, par les organes de l'Opéra national pour la protection de la maternité et de l'enfance, lui sera fournie à domicile, et, afin de cimenter l'affection entre la mère et son enfant, le législateur fait une forte campagne en faveur de l'allaitement maternel obligatoire ¹²³. Cependant, dans cette voie, l'intérêt même des familles l'arrête parfois : il ne faut pas, en effet, en obligeant la fille mère à allaiter son enfant risquer de causer un scandale qui troublerait l'ordre des familles; c'est dans ce même but que l'Opéra prend à sa charge les dépenses d'assistance des filles mères, afin d'éviter que les administrations provinciales soucieuses de leurs intérêts financiers ne réclament à la famille les frais d'hospitalisation.

Cette propagande est utile, ce respect des institutions familiales louable, mais il ne suffit pas de mener les familles à la campagne, de construire des maisons agréables, il faut que ces maisons soient peuplées : c'est le côté économique de la question, son

(122) LO MONACO APRILE, op. cit., p. 97.

(123) Cf. règlement 15 avril; art. 9, décret 8 mai 1927, 27 à 57, règlement 29 déc. 1927; « la direction sanitaire de l'institution de refuge, doit, en principe, confier l'enfant, pour l'allaitement à sa mère... » (art. 27).

importance est certaine. Outre les divers secours que distribue l'Opéra pour la protection de la maternité et de l'enfance (nourriture de l'enfant et de la mère, vêtement de l'enfant), le législateur italien, en vue sans doute de favoriser la formation de grandes familles, accorde aux familles nombreuses des exemptions d'impôts et aux gens mariés des droits de préférence. Le rapport sur le projet de loi dit à ce sujet très justement : « il (le projet) vise à consolider la famille, à accroître la force morale et physiologique de la population... il tend à redonner confiance à cette partie saine de notre peuple qui ne se laissant pas influencer par des sentiments de profit égoïste n'a pas essayé de freiner les lois naturelles de l'augmentation de la population » ¹²⁴. La loi du 14 juin 1928, accorde en effet aux employés de l'Etat ou des entreprises de l'Etat ayant 7 enfants à leur charge, et à tous ceux qui sans être employés d'Etat ont 10 enfants, des adoucissements et des exemptions d'impôts. La loi du 6 juin 1929 est allée encore plus loin : en plus d'une aide économique elle montre la sympathie du législateur pour les familles nombreuses; un véritable droit de préférence est accordé aux personnes mariées avec enfants sur les personnes sans enfants, et à celles-ci sur les personnes non mariées dans les emplois publics et privés et les concessions administratives; dans la cession, l'assignation ou la location de maisons populaires et économiques, ou construites

(124) Sénat, doc, n. 1327 A; communiqué à la Présidence le 19 avril 1928. Ce rapport est publié avec le texte de loi dans la bibliothèque légale Pietrocola, n. 2918.

avec le concours de l'Etat, des provinces, des communes ou des institutions publiques de bienfaisance.

Mais, de même que le point de vue économique n'épuise pas le problème de la population, à plus forte raison est-il insuffisant pour la solution de la crise familiale : le problème est bien plus complexe, ne serait-ce pas parce qu'il est humain ? La richesse ne concorde pas souvent avec une forte natalité, avec la constitution de familles fortes ¹²⁵. Pour créer une famille en effet, il ne suffit pas d'en avoir les moyens pécuniaires, il faut avoir le sens du devoir, il faut se dépouiller de l'égoïsme; et c'est ici la cause profonde du mal; la loi aura encore ici un rôle à jouer, rôle négatif car il lui faudra défendre la morale, éviter toute propagande perverse, toute atteinte à la maternité, mais aussi œuvre positive par l'enseignement et l'éducation, éducation du sens moral, fait de l'estime du devoir et fortement appuyé sur des convictions religieuses.

Toutes les lois et mesures contre la propagande néomalthusienne, contre la presse immorale, contre tous les facteurs de dégénérescence morale que le fascisme a multipliées, jouent ce rôle que nous avons appelé négatif ou de défense.

Il fut aussi, par sa doctrine même, fortement incité à réaliser l'œuvre positive : adversaire de tout individualisme, de tout égoïsme, négateur du droit à la jouissance, il répand en tout domaine l'idée de devoir,

(125) La Bretagne vient ainsi, en France, dans les premiers rangs pour sa forte natalité et c'est une province pauvre; il en est de même du Sud de l'Italie qualifié par Mussolini de « vivier démographique ».

de devoir social, de devoir envers l'Etat; toutes les œuvres d'éducation du fascisme tendent à répandre dans le pays « le culte de la famille et de la Patrie » à fortifier le sentiment religieux. C'est le rôle que jouent principalement l'Opéra national Dopolavoro et l'Opéra national Balilla, ce dernier tout au moins pour les jeunes filles. Pour les garçons en effet, malgré de nombreuses affirmations ¹²⁶, nous ne pouvons croire à son heureuse influence familiale : enlever l'enfant tous les dimanches à sa famille, c'est-à-dire au seul moment peut-être où la famille se trouve réunie est sans doute œuvre de politique habile, de « fascistisation », mais œuvre familiale, non. On soustrait à la famille son rôle essentiel, l'éducation : il est répété que c'est pour donner à l'enfant l'amour de la Patrie, de sa famille, mais il nous semble que si l'amour de la Patrie peut s'apprendre dans des organisations quasi militaires, le milieu le plus apte à inculquer l'amour de la famille est le milieu familial lui-même ¹²⁷. Les principes du fascisme s'opposaient à cette solution car, dans l'Etat fasciste, tout individu doit être membre de l'Etat avant que de la famille, tout enfant appartient d'abord à l'Etat ¹²⁸.

(126) Cf. particulièrement R. Ricci, op. cit., p. 315 et 316 : « sauver la famille, voilà le premier grand but de la législation fasciste; l'œuvre était ardue, elle fut accomplie cependant : la conception d'où partit le fascisme était simple, elle sut associer les trois forces fondamentales d'une société bien organisée : le père de famille, le maître d'école, l'officier des forces armées ».

(127) Ceci est d'ailleurs opposé à la doctrine du fascisme comme nous l'avons vu p. 19; la position officielle du parti est éclairée par cette phrase prononcée par Mussolini au lendemain des accords de Latran : « dire que l'éducation appartient à la famille c'est dire une chose en dehors de la réalité contemporaine... » 25 mai 1929.

(128) G. Corso, Lo Stato fascista, p. 372.

Les organisations des jeunes filles italiennes au contraire, jouent un rôle utile dans la politique féministe du fascisme : ramener la femme au foyer, préparer la jeune fille à son rôle de maîtresse de maison et de mère ce sont là les deux points principaux de son programme, « programme spirituel et programme d'action, programme de foi et de production » ¹²⁹. Le but à atteindre est toujours la plus forte natalité, si bien qu'un auteur fasciste n'a pas craint d'appeler la femme « une machine à enfants », conseillant de ne la considérer que comme une mère en puissance ¹³⁰. Mais le premier point du programme, ramener la femme au foyer n'a pas été réalisé : il ne s'agit sans doute pas de laisser aller, il ne faut vraisemblablement en accuser que les conditions économiques particulièrement défavorables. La préparation de la jeune fille à son rôle de mère, au contraire, est en pleine réalisation : les écoles, les œuvres de jeunes filles et de femmes (*Giovani italiane Dopolavoro*), les cours d'économie domestique donnent aux femmes la formation morale et, pourrait-on dire, professionnelle. Pour l'école, tout d'abord, le fascisme a non seulement voulu, par une réforme de l'enseignement, lui adjoindre des notions à caractère familial, mais il a voulu surtout s'en servir comme un moyen d'éducation morale, tant par la façon d'enseigner que par le sérieux du milieu : tout a été prévu, réglementé jusqu'aux détails du vêtement des élèves et

(129) M. ARMANI, *Civiltà fascista*, p. 618 et s.

(130) M. ARMANI, *loc. cit.*

des maîtresses ¹³¹. L'œuvre des Ballilas donne déjà à la jeune fille encore toute jeune, le sens du devoir, du sérieux, du mépris de la fatigue physique; aux femmes et aux jeunes filles qui travaillent, l'Opéra Dopolavoro enseigne les principes du travail familial, coupe, couture, broderie, cours de puériculture, afin d'en faire de parfaites maîtresses de maison, et peut-être aussi l'habileté dans ces travaux procurera à la femme, un revenu complémentaire suffisant pour ne pas l'obliger à chercher des salaires en dehors du foyer familial. D'autre part, et s'adressant à toutes les femmes, des cours d'économie domestique s'ouvrent dans toutes les villes. Le 5 février, à Rome, l'Institut supérieur et l'entreprise nationale de la coopération ouvraient ainsi un cours pratique. L'enseignement portera principalement sur l'économie des consommations, l'organisation de la maison, l'hygiène, la propreté, la conservation des produits, la prévoyance, l'épargne, avec des conférences sur la maison et la famille, les institutions du régime touchant la famille. Et après avoir dit que les organisateurs rempliraient leur devoir, l'orateur parlant à l'inauguration s'adressa aux jeunes filles « à vous, dit-il, de faire le reste pour cette immense mission sociale qui vous est assignée par Dieu, pour la grandeur de la famille et la puissance de la Nation » ¹³².

L'orateur a prononcé le nom de Dieu : par là, il est bien dans la ligne d'action du fascisme. La peur de l'enfant, la désagrégation familiale ont souvent pour

(131) Il est recommandé aux maîtresses de porter des vêtements de couleur sombre, au col haut, aux manches longues, et que dans leur maintien rien ne puisse donner aux élèves un fâcheux de légèreté. Cf. LO MONACO APRILE, op. cit., p. 91.

(132) Cf. Messagero, 6 février 1931.

cause l'affaiblissement du sentiment religieux¹³³. L'Italie, pays à forte natalité encore, est traditionnellement religieuse : l'Etat, soucieux de sa force, n'a pas voulu négliger un moyen de l'accroître, d'éviter un affaiblissement de la moralité, une diminution de la natalité; dans toutes les écoles, dans toutes les œuvres l'enseignement religieux prend une large place. C'est dans le même but, afin de fortifier la famille, que répondant au sentiment de la majorité des Italiens, il a réformé l'institution du mariage, premier terme du statut juridique de la famille, remédiant au grave défaut du code civil de ne reconnaître aucun effet au mariage religieux.

Dans la vie de famille, en effet, la morale est d'une extrême importance, et la lutte contre tous les facteurs de dégradation morale, la propagande (presse, cours) afin d'exciter le sens du devoir se révèlent d'une extrême utilité, mais non moindre la reconnaissance des effets civils au mariage religieux. En plus de l'avantage politique que le fascisme retirait de cet accord avec le Saint-Siège, il donnait à la famille une source de vigueur en mettant à sa base, dès sa constitution, des principes religieux, en s'affirmant plus que jamais hostile à toute idée de divorce. Mais la fondation prépondérante de la religion et de la morale ne veut pas signifier que le rôle du droit soit négligeable en matière familiale. Pour les gens de mentalité ordinaire, en effet, le droit représente ce qui est permis et ce qui est dé-

(133) Cf. ROUAST. *Traité prat.* PLANIOL et RIPERT. T. II, p. 5 et 6.

fendu¹³⁴, l'idée de la morale s'absorbe en lui et l'on sait trop en France l'influence des lois pernicieuses sur la santé morale de la famille. D'autre part, si l'organisme social, naturel, qu'est la famille, est principalement régi par des préceptes de morale, l'Etat doit cependant intervenir pour renforcer les liens de famille, pour en protéger les rapports, pour lui donner comme à toute société un statut : il assurera la sécurité des membres de la famille, et dirigera vers les buts que lui-même poursuit, l'organisme familial, base de la société. L'intervention de l'Etat en matière familiale n'est pas seulement déterminée, en effet, par le désir de multiplication des naissances légitimes mais elle révèle souvent l'aspect d'une transformation sociale¹³⁵. La révolution fasciste inspirée de principes nouveaux s'est efforcée de les faire passer dans sa législation en se justifiant de ses conceptions et de ses actions par une évocation plus ou moins exacte de la tradition. Le droit en effet ne saurait être une création spontanée et arbitraire de la volonté du législateur, « il a une racine plus profonde dans la conscience du peuple »¹³⁶; là sans doute est l'explication du long délai pendant lequel le fascisme s'est abstenu de réformer ses codes. La transformation de l'esprit public opérée, l'œuvre était possible car il était licite d'affirmer la corres-

(134) Cf. BONNECASE. *La philosophie du code Napoléon appliquée au droit de famille*, p. 2 à 8.

(135) Cf. LUZZADO : *intorno al diritto di famiglia*, dans *diritti giuridici offerti a Chironi*. Vol. I, p. 195.

(136) F. COSENTINI, *Le droit de famille, essai de réforme*; il y dit encore « Le droit naît de la vie sociale, se transforme avec la vie sociale et doit s'adapter à la vie sociale ».

pondance de la nouvelle législation avec les nouvelles exigences de la vie sociale et le sentiment commun. De la famille, centre du problème de la population, école première de moralité et de devoir, dont dépend le progrès matériel et moral de l'État, le fascisme se devait logiquement de garantir la formation, la cohésion, l'action, en s'ingérant, comme en tout autre domaine, à l'intérieur des familles pour s'assurer de la conformité de leur activité avec les fins du régime.

La réforme du code civil et du code pénal lui ont permis de réaliser ce programme de protection de la famille et peut-être surtout de protection des enfants afin d'assurer l'avenir de la Nation. La famille, dans sa constitution est protégée par la nouvelle législation matrimoniale; constituée, le législateur s'est préoccupé du sort des enfants, il favorise la légitimité sans négliger, bien au contraire, les enfants naturels dont l'infériorité juridique, exagérément accentuée par le code civil, est une cause de mortalité, de dégénérescence physique et morale; la limitation des droits du père de famille, la réorganisation de la tutelle, l'adaptation de l'adoption à une nouvelle fonction sociale sont autant de réformes destinées à sauvegarder l'intérêt de l'État ou celui de l'enfant. Dans le code pénal, la répression des délits contre le mariage et la morale familiale, contre l'état de famille et l'assistance familiale est destinée à protéger la famille dans sa vie courante. Nous étudierons ces diverses réformes en deux parties distinctes : dans la première, l'examen de la nouvelle législation ma-

trimoniaie et du projet de code civil, dans la seconde, celui de la législation pénale nous permettront de voir avec l'amplitude des réformes, la nouvelle physionomie qu'à prise l'institution familiale, les rapports de la nouvelle législation avec la doctrine du fascisme; il nous sera possible alors de juger si vraiment s'est réalisée une efficace protection de la famille et si, conformément à ses affirmations de principe, le législateur s'est bien attaché au respect de la tradition.

PREMIERE PARTIE

LA REFORME DE LA LEGISLATION CIVILE

La nécessité d'une réforme totale du code civil était depuis longtemps reconnue en Italie; le professeur Scialoja, il y a déjà une vingtaine d'années, disait lui-même : « il nous faut transformer notre droit, nous ne pouvons conserver un droit général inférieur à celui de tous les peuples civilisés. Nous avons une copie maladroite que nous ne pouvons présenter à personne comme modèle » ¹. Les partisans du statu quo, adversaires de nouveautés malgré les exemples des législations étrangères, semblaient faire du code Napoléon une règle universelle et immuable, l'expression la plus parfaite de la règle juridique ² La guerre accentua le besoin de réformes, fit apparaître l'insuffisance ³, devant les nécessités de la vie moderne, d'une législation empruntée; l'annexion de territoires nouveaux créait une intolérable

(1) V. SCIALOJA, Riv. di dir. com. 1911, II, p. 948; cf. dans le même sens ASCOLI, Transformation du droit dans les principaux pays depuis 50 ans, p. 216 et s.

(2) D'autres, favorables à quelques modifications étaient opposés à une codification parce que « innover n'est pas toujours changer en mieux ». CHIRONI, Livre du centenaire, p. 774 à 777.

(3) Une réforme de l'adoption devint ainsi absolument nécessaire, loi du 31 juillet 1919, n. 1347.

diversité de législation; l'esprit nouveau, fruit de la révolution fasciste, était incompatible avec l'individualisme du code Napoléon. Aussi, le 10 février 1923, le ministre Oviglio demandait au Parlement la faculté d'accorder des amendements au code civil et de publier de nouveaux codes de commerce, de procédure, etc.; en raison de l'unification législative avec les nouvelles provinces. Le ministre se prévalant de « l'improrogeable nécessité d'amender le droit » dans ces nouveaux territoires... de l'inopportunité de le faire par extension avec la pleine conscience de son caractère provisoire ⁴, demandait de déléguer au Gouvernement, comme en 1865, le pouvoir de réaliser ces réformes à caractère plus particulièrement technique. Le mandat n'était pas en principe sans limites : la délégation indiquerait les principales modifications et les projets de décrets contenant les codes modifiés devraient être soumis à l'examen des commissions parlementaires; l'autorisation fut donnée ⁵. Ce n'était qu'une première étape, le but à atteindre limitait la portée de l'œuvre; en février 1925 le garde des sceaux Rocco demandait et obtenait l'autorisation de procéder à une réorganisation de la législation afin de l'adapter aux nouvelles exigences de la vie sociale ⁶. La méthode adoptée pour

(4) Séance de la chambre du 10 février 1923; att. parl. cam. doc. 2013.

(5) Loi 30 déc. 1923, n. 2814 : l'art. 1 indiquait les limites des réformes, l'article 2, l'obligation de l'approbation des projets par une commission parlementaire.

(6) Loi du 14 décembre 1925, n. 2260; cf. le rapport du député Carnazza sur le projet de loi : séance du 13 janvier 1925, doc. Cam.; n. 326. Tous les codes étaient visés par cette loi; pour le

la réforme était la même qu'en 1923, mais elle servait à réaliser une œuvre plus vaste.

La loi de 1923, en effet, ne visait pour ainsi dire que le droit de famille; c'était là répondre d'ailleurs aux vœux de la doctrine italienne à peu près unanime sur la nécessité d'une réforme de cette matière. Les points de vue étaient, le mariage afin d'enrayer le mouvement favorable à l'union libre, la protection de l'enfance abandonnée c'est-à-dire une réforme de la filiation, de la puissance paternelle, de la tutelle. Le fascisme apparaissant, la nécessité de réformer une institution qui, de si près touche à l'ordre politique, s'imposait encore plus : l'Etat est un tout organique, représentation vivante de la masse des nationaux, la famille est la cellule de toute société; il était inconcevable que la cellule fut régie par des préceptes animés d'un autre esprit que celui que professe le tout lui-même. L'admission de la religion catholique comme religion d'Etat ⁷ amenait inévitablement une réforme de la législation du mariage.

Les autres institutions du droit de famille, profondément modifiées ⁸ par le nouveau projet de code civil, le sont afin de les mieux adapter aux nécessités de la vie moderne, parce que, en ce domaine plus

code civil l'art. 3 disait « le Gouvernement du Roi est autorisé à apporter au code civil d'autres modifications et adjonctions que celles visées à l'art. 1 de la loi du 30 déc. 1923, en conservant inchangés les principes fondamentaux des institutions ».

(7) Art. 1, Traité du Latran du 11 février 1929.

(8) Cf. Introduc. au rapport sur le projet de code civil, p. 3 : « En ce qui concerne le premier livre, on peut dire qu'il n'y a pas une institution du droit de famille qui soit restée sans changement ».

que partout ailleurs, « le temps a imprimé plus profondément les rides de la vieillesse »⁹; afin aussi de les conformer aux nouvelles « conceptions juridiques et politiques »¹⁰, de les moderniser; l'étude successive du mariage, de la filiation, de la puissance paternelle et de la tutelle, de l'obligation alimentaire nous permettra de saisir l'ampleur des réformes de la législation d'une nation qui, selon le mot de Rocco, veut redevenir « la maîtresse de droit de tous les peuples »¹¹.

(9) Introduc. cit. loc. cit.

(10) Rapport du député CARNAZZA, sur le projet de loi donnant faculté au Gouvernement de modifier les codes : séance de la Chambre, 13 janvier 1925; att. parl. doc. cam, n° 326.

(11) *Civiltà fascista* : l'article de Rocco, *La legislazione*, p. 297 et s.

CHAPITRE PREMIER

LE MARIAGE

Un Etat qui veut des familles fortes ne peut se désintéresser de l'acte qui préside à leur formation; le meilleur moyen de lui donner toute sa valeur et d'accroître l'influence qu'il pourra exercer sur toute la vie, c'est de mettre à sa base un principe plein de sens, source intarissable d'enseignements pour les deux époux : le fascisme l'a réalisé dans le Concordat.

Pour comprendre l'importance de la réforme, il n'est pas inutile de remonter quelques années en arrière, de suivre jusqu'en 1929, l'évolution d'une question qui intéressa l'opinion et remplit les annales parlementaires¹. L'invasion de Napoléon en Italie amena l'établissement, dans toute la péninsule, de petites républiques démocratiques ou de royautes sous la tutelle française, et l'adoption entière des codes français : « la loi ne considère le mariage que comme un contrat civil ». La chute de la domination

(1) Cf. *Storia del diritto italiano* de Pasquale di Giudice, vol II; on consultera également avec intérêt l'historique de Degni dans son traité *Del Matrimonio*, ou encore quoique plus restreinte, l'introduction du livre de GRISOSTIMI MARINI « *Il nuovo diritto matrimoniale* ».

napoléonienne est suivie du retrait d'une législation en complet désaccord avec la mentalité italienne, la plupart des Etats admettent, en matière de mariage, la législation canonique². Le code civil du royaume sarde, lui-même, quoique largement inspiré du code Napoléon, s'en sépare en matière de droit de famille³. Mais sous le règne de Victor-Emmanuel (1849-1878) la juridiction canonique, également admise en matière matrimoniale, était abolie⁴; des projets de mariage civil se préparaient, recevaient même l'approbation de la Chambre; un violent mouvement d'opinion les faisait échouer devant le Sénat. L'idée était jetée, elle devait germer, mûrir dans le code de l'Italie unifiée. Ce code dont l'importance historique est certaine, car « il soudait de liens juridiques tenaces un tout compact de provinces réunies politiquement depuis peu »⁵ fut une œuvre trop hâtive, trop peu préoccupée des nécessités régionales. Sur la question du mariage, de longs débats s'engagèrent au Parlement devant les différents projets des codificateurs; le projet Pisannelli l'emporta, il introduisait le système français, sauf toutefois l'antériorité nécessaire du mariage ci-

(2) Dans les provinces napolitaines les mariages devaient sous peine de nullité être célébrés selon les règles de l'Eglise; le code civil maintint ce régime mais exigea également l'observation des règles de l'état civil (code civ. de 1819, art. 67 à 69); le duché de Parme suivait les mêmes principes mais autorisait les Juifs à se marier suivant leur religion; le duché de Modène accueillait une législation identique.

(3) Ce code approuvé le 20 juin 1837 (code albertin) s'écartait du code Napoléon principalement en matière de divorce, état civil, puissance paternelle, recherche de la paternité.

(4) Loi du 9 avril 1850.

(5) PASQUALE DI GIUDICE, *op. cit.*, p. 284.

vil : le mariage religieux à lui seul n'avait aucun effet, alors que la majorité du peuple italien ne considérait pas une famille légitimement constituée sans l'intervention de l'Eglise. « Or si la règle juridique doit être l'expression fidèle de la conscience du peuple... on ne peut pas dire qu'il en fut ainsi de la règle qui dénia toute efficacité au mariage religieux... Je ne crois pas qu'il existe dans notre droit positif de contradiction plus criante entre l'Etat qui refuse toute importance au mariage religieux et la conscience des citoyens qui continue à attribuer au mariage religieux la plus grande importance » ⁶. Devant les inconvénients d'une telle situation, des projets de réforme se multiplient; mais sans succès, au Parlement ⁷, tandis que l'Eglise conseillait la soumission à la loi ⁸. La doctrine italienne, dans sa quasi unanimité, demandait l'admission du mariage religieux ⁹.

Le mariage, en effet, est une institution éthique juridique, sociale et politique, dans le but de la procréation et de l'éducation des enfants, de l'intégration dans une union des âmes de la personnalité des deux époux, de l'assistance mutuelle. L'Etat comme l'Eglise sont intéressés à sa réglementation, afin de donner au consentement des époux une efficacité juridique et ce caractère de sainteté que

(6) DEGNI, *Del matrimonio*, p. 29, et aussi *Att. parl. Cam. dei Dep. legis XXVI*, ann. 21-23, doc. 2013 A.

(7) Cf. projet BONASI, *Att. par L. SENATO, legis XV, sess. 1890-1900*, discuss., p. 1206; projet LABRIOLA et MARCHESANO, *att. parl. cam. Deput. legis. XXIV, sess. 1913-1914*, doc. n. 101.

(8) *Instruct. Sacrée Pénitencerie* du 15 janvier 1866.

(9) Il en était ainsi même de ceux qui n'étaient pas catholiques, tel GABBA, *il matrimonio civile*.

l'Eglise reconnaît au mariage, sacrement de la loi nouvelle. Il n'est pas douteux en effet que l'origine du lien matrimonial réside dans le consentement des époux : cette conception contractuelle, adoptée de tout temps par le droit canon, n'a pris un sens péjoratif que depuis la Révolution Française. Et c'est en réaction contre cette tendance que les rédacteurs du code civil italien, croyant sans doute que l'indissolubilité était incompatible avec la notion de contrat, appelèrent le mariage une institution sociale, et que, poussant plus loin encore, un auteur italien refuse au mariage tout élément contractuel tant dans la forme que dans le fond¹⁰. Le divorce n'était cependant pas menaçant en Italie; chaque proposition pour son admission recevait la plus vive opposition : une loi qui l'aurait introduite aurait violé, violenté la correspondance qui doit exister entre le droit et la vie¹¹.

Après la guerre, des problèmes se posèrent à nouveau, mais avec d'autant plus d'acuité que la diversité de législation des provinces annexées exigeait une rapide intervention du législateur. Partisans et adversaires du mariage religieux et du divorce eurent l'occasion de se compter : mais, malgré l'autorité de l'auteur du projet d'admission du mariage religieux, sa proposition n'eut pas de succès¹²; quant au pro-

(10) CICU, *Diritto di famiglia*, p. 210 et s.

(11) STOLFI, *Diritto civile*, p. 49, t. V.

(12) DEGNI, *att. parl. loc. cit.*; il signalait que la loi ne pouvait empêcher l'efficacité indirecte du mariage religieux : par exemple dans le cas où l'efficacité des conventions était soumise à la condition de célébration à l'Eglise, ou au cas de condition *viduitatis* qui selon de nombreux n'est pas violée par le mariage religieux, dans le cas de recherche de la paternité suivant la loi de 1917

jet de divorce, il était par avance voué à l'échec. La solution de la question du mariage religieux ne pouvait se trouver que dans un accord entre l'Italie et le Saint-Siège; c'est la voie que le fascisme a adoptée dans une application logique de ses principes : voulant réaliser un Etat fort, il ne pouvait conserver l'élément de trouble et de faiblesse qu'était la question romaine; traditionnaliste et représentatif de toutes les générations, il se devait de donner satisfaction à la majorité des Italiens traditionnellement religieux, voulant constituer des familles fortes, il leur donnait ainsi dans la religion un appui inébranlable. L'article 34 du Concordat déclare « L'Etat italien voulant redonner à l'institution du mariage qui est la base de la famille une dignité conforme aux traditions catholiques de son peuple, reconnaît au sacrement de mariage discipliné par le droit canon les effets civils ».

Il en résulte évidemment une dualité de législation et bien des difficultés peuvent en surgir. Afin de les atténuer, et aussi de suivre l'opinion générale de la doctrine italienne qui recommandait, dans une réforme des codes, d'accueillir le système organique et complet des nullités que le droit canonique a élaborées au cours des siècles, les rédacteurs se sont rapprochés du droit canon. Et, déjà, la loi du 27 mai 1929 sur les applications pratiques du Concordat a réalisé certaines réformes, rapprochant la discipline du ma-

sur les orphelins de guerre qui exige que le père et la mère aient notoirement vécu ensemble comme des conjoints.

riage civil de celle du mariage religieux afin « d'éviter dans une matière d'un intérêt social si prééminemment une substantielle diversité de législation qui puisse induire les citoyens à choisir d'avance la célébration, selon le rite religieux ou le rite civil, en considération des conditions différentes imposées par le droit canonique ou respectivement par le droit civil à ceux qui veulent contracter mariage » ¹³.

Pour avoir une vue plus nette des deux législations matrimoniales en vigueur actuellement en Italie, nous étudierons dans une première section les réformes que le projet de code civil apporte à la législation civile ¹⁴ : nous examinerons ensuite le statut du mariage catholique, et enfin les quelques dispositions relatives au mariage célébré devant le ministre d'un culte admis en Italie.

SECTION I

Le mariage civil.

L'importance de la législation civile du mariage est sans doute atténuée par l'admission, dans l'Etat italien, du droit canonique qui régira les mariages célébrés devant un prêtre catholique; cependant le

(13) Rapport du Garde des Sceaux, Rocco, au Roi sur le projet de loi.

(14) Ce titre VI contient tout l'ensemble de la législation matrimoniale, y compris (chap. XII) les régimes matrimoniaux.

mariage civil reste la forme typique du mariage : les époux, en effet, quelle que soit leur religion, sont libres d'adopter la forme purement civile du mariage, et c'est à lui qu'est assimilé, en ce qui concerne les effets, le mariage religieux. D'autre part, étant donné que la France ne connaît que le mariage civil, il n'est pas sans intérêt de considérer les réformes principales apportées par un législateur voisin à cette fondamentale institution. La loi de 1929, outre qu'elle précisait certains détails pratiques du Concordat et réalisait quelques réformes, établissait qu'elle ne préjudiciait en rien à la faculté du Gouvernement de procéder à de plus amples réformes du code civil « même pour la partie relative au mariage... qui doit s'insérer dans le nouveau système de droit familial » ¹⁵. L'étude, dans des paragraphes successifs, des empêchements au mariage, des formalités, du régime des oppositions, de la célébration, nous permettra de saisir l'ampleur des réformes de la discipline du mariage civil : elle s'appliquera aux mariages contractés devant l'officier de l'état civil ou « le ministre d'un culte admis dans l'Etat » ¹⁶.

§ 1. — *Des conditions nécessaires pour contracter mariage.*

Le but des rédacteurs du projet est bien net : il s'agit de donner à la matière les perfectionnements techniques conseillés par la doctrine et l'expérience

(15) Rapport Rocco cit.

(16) Rapport du professeur VASSALI sur le titre VI du projet, p. 82.

et par les législations étrangères, mais aussi et surtout, après la fondamentale réforme du mariage par le Concordat, « de rapprocher autant qu'il est possible la législation civile de la législation canonique, afin d'éviter que les citoyens d'un même Etat ne fussent soumis à des disciplines trop différentes », suivant qu'ils se marient devant l'officier de l'état civil ou un prêtre catholique. Nous nous attacherons donc ici à montrer les divergences entre droit civil et droit canon qu'élimine le chapitre II¹⁷ du nouveau projet, les perfectionnements qu'il réalise et les facilités nouvelles qu'il apporte aux futurs époux.

Ce qu'il y a de notable, dans la lecture de ce chapitre, c'est l'accroissement du nombre des dispenses, accroissement voulu pour des raisons pratiques sans doute et certainement en tout cas pour se rapprocher de la largeur du système canonique. Mais alors que dans le code civil ces dispenses sont établies en fin de chapitre¹⁸, dans le projet, la dispense suit la prohibition pour laquelle elle est établie : c'est là certes une grande facilité offerte au lecteur de se rendre compte de l'entière portée de la disposition, mais il n'est pas douteux que la prohibition en est en théorie affaiblie, plus qu'elle ne le sera vraisemblablement dans la pratique par la fréquence des dispenses.

Le projet confirmant la réforme déjà réalisée par

(17) Ce chapitre modifie la disposition du code civil qui groupait en un seul chapitre les fiançailles et les conditions nécessaires pour contracter mariage.

(18) Art. 68.

la loi de 1929 réduit l'âge nécessaire pour contracter mariage à 14 ans pour la femme, à 16 ans pour l'homme, afin d'éviter entre droit civil et droit canon une dangereuse discordance¹⁹. C'est de plus un moyen d'accroître le nombre des mariages et donc des naissances, mais cependant sans parler d'eugénisme, il est à espérer que les Italiens n'useront pas trop de cette disposition : le mariage n'est pas en effet seulement une union des corps mais aussi une union intime des âmes, or à 14 et 16 ans il est impossible à des enfants de comprendre les responsabilités et les devoirs qu'ils acceptent. La loi a voulu éviter une discordance d'avec le droit canon, mais celui-ci prévoit aussi que les pasteurs doivent détourner du mariage les jeunes gens avant l'âge admis par les mœurs du pays²⁰, il y a là un ton paternel et individuel que ne peut avoir la loi civile, et c'est peut-être ici dommage. Alors qu'en France on demande de reculer l'époque normale du mariage²¹, il est curieux de constater que l'Italie suit une voie différente : ce n'est pas d'ailleurs pour des raisons physiologiques, mais uniquement d'opportunité. Aussi la possibilité de dispense sera-t-elle restreinte : ce ne sera que pour de graves motifs que le Roi, ou les autorités à ce déléguées, pourront admettre au mariage

(19) Le code civil à l'imitation de notre code établissait comme âge de puberté légale, 18 ans pour les hommes et 15 ans pour les femmes (art. 55).

(20) Can. 1067.

(21) Cf. PLANIOL et RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, p. 254.

l'homme âgé de 14 ans accomplis et la femme âgée de 12²².

L'article 99 élargit l'étendue d'application de l'article 61 du code civil qui prohibe le mariage aux interdits; il étend, en effet, la prohibition « à ceux qui ne sont pas sains d'esprit ». C'est un progrès certain, une plus grande part faite à l'idée que le mariage n'est pas seulement un contrat mais un état qui doit durer toute la vie : cette disposition évitera bien des troubles dans les familles en permettant une annulation du mariage, même si la folie n'était pas certifiée légalement. L'intérêt en est évidemment d'autant plus grand que bien des familles hésitent devant la demande d'interdiction; mais la diversité est accentuée entre droit civil et droit canon, puisque le droit matrimonial de l'Eglise ne connaît pas cet empêchement, et d'autant plus que le nouvel article 99 ne prévoit pas de dispense.

L'article 100, sous une forme peu différente, prohibe le mariage à qui est lié par un mariage précédent sans distinction de validité ou non du premier lien. L'article 101²³, relatif aux prohibitions de mariage résultant de la parenté et de l'alliance, supprime tout d'abord l'interdiction de mariage entre beaux frères, il comprend, dans la prohibition de mariage entre oncle et neveu, le rapport de parenté naturelle; c'est sans doute dans un but de nature physiologique, de même qu'il étend la prohibition de

(22) Art. 98, al. 2.

(23) Il contient les arts 58, 59, 60 du code.

mariage pour alliance au cas même où le mariage fut annulé, sauf cependant dans ce dernier cas la possibilité de dispense ²⁴. Etant donné que le droit canon prévoit l'empêchement d'honnêteté publique, on peut sur ce dernier point constater encore, l'accord avec la législation ainsi modifiée. Pour l'adoption, empêchement sans dispense, le projet tout en maintenant la prohibition, sans doute par ce qu'il admet d'autre part l'adoption des enfants naturels, en prévoit la dispense pour amoindrir la différence d'avec le droit canon ²⁵.

L'article 102 reprend l'empêchement pour condamnation pour crime commis ou tenté comme auteur ou complice sur la personne de l'autre : il n'est donc pas besoin ici, comme dans le droit canon, d'une entente entre les deux futurs époux ni de projet de s'unir plus tard en mariage, ni de l'adultère. Mais il suffit de la simple arrestation pour suspendre le mariage jusqu'au prononcé du jugement; de cet empêchement, à l'imitation du droit canon, les rédacteurs cependant ont prévu la dispense.

L'article 103, relatif au délai de veuvage, au lieu de l'exprimer en mois, l'exprime en jours et par là il le réduit : le code ²⁶ parle de 10 mois, le projet de 300 jours; il établit ainsi plus justement la concordance avec le délai prévu en matière de filiation, en même temps qu'il enlève de sa rigidité à cet empêchement

(24) Can. 1078.

(25) Le droit canon en effet ne connaît pas cet empêchement mais déclare se conformer sur ce point à la loi civile, can. 1080.

(26) Art. 57.

absolu sauf le cas d'impuissance dans le code puisqu'il en prévoit la dispense.

Le point d'opposition le plus certain entre le droit civil et le droit canon était la matière du consentement des parents au mariage; la loi de 1929 a déjà réalisé la réforme, le projet la confirme. Suivant le code civil en effet, le fils avait besoin du consentement de ses parents jusqu'à 25 ans, la fille jusqu'à 21 ans; différence illogique, puisque dans la vie sociale l'homme avec la majorité acquiert plus de droits que la femme et que dans le mariage il acquiert une plus grande capacité que la femme. Cette différence est abolie; le nouveau texte dit en effet : « le mineur ne peut contracter mariage sans l'assentiment de celui de ses père et mère qui exerce la puissance paternelle ou sans l'assentiment du tuteur ». L'enfant n'a plus qu'un assentiment à obtenir, la mère n'exerçant pas la puissance paternelle n'a plus son mot à dire, et la question l'intéresse pourtant; mais cette disposition est bien en accord avec celle qui enlève aux parents et aïeuls le droit de consentir au mariage, pour le donner au tuteur; le rapporteur la commentant, déclare qu'il n'y a pas de raison que puisse user de droits qui n'a pas de responsabilités. Ce n'est donc plus une raison d'intérêt familial qui justifie le droit du père de refuser son consentement au mariage, c'est l'idée, que l'on peut d'ailleurs déduire du rapport, qu'à tout devoir correspond un droit ²⁷. Le remplacement du mot « consentement »

(27) Cf. rapport du professeur VASSALI, p. 85.

par celui « d'assentiment » montre mieux évidemment que le seul consentement, substantiellement nécessaire, est celui des époux et atténue fortement l'importance de l'avis du père. Quant nous aurons dit qu'une autorisation du procureur général suffit à remédier au refus du père, on verra dans quelle mesure subsiste encore la nécessité du consentement familial. Sans doute était-il peu édifiant²⁸ de voir, devant la Cour d'Appel, l'enfant en procès contre son père, et le procureur général appréciera-t-il avec autant de sérieux la nécessité de laisser contracter un mariage contrairement à la volonté du père; il n'en résulte pas moins de l'ensemble de ces dispositions, que l'on est en présence d'une institution en voie de disparition ou tout au moins d'utilité très contestée. Il est vrai que le but du législateur est d'amoindrir la différence avec le droit canon, et substantiellement on peut dire l'accord réalisé : l'Eglise en effet ne connaît pas comme empêchement au mariage, le défaut de consentement des parents, mais elle ordonne au curé d'admonester sévèrement le fils de famille, quand il se marie sans en avertir son père, ou que celui-ci lui a fait de sévères oppositions, et elle demande au prêtre de ne pas assister au mariage sans l'avis de l'évêque; or il n'est pas vraisemblable que l'évêque, soit, dans l'autorisation, plus large que le procureur général.

Cet ensemble de réformes, s'il a pour but de réaliser avec le droit canon un accord désiré, nous semble

(28) Rocco, Rapport sur la loi du 27 mai 1929.

en outre arriver à ce résultat de faciliter considérablement les mariages conformément à la politique démographique du fascisme²⁹. A ce dernier but concourent certainement l'abaissement de l'âge, l'affaiblissement de la nécessité du consentement des parents et surtout le nombre des dispenses possibles accordées non plus seulement par le Roi mais par les « autorités à ce déléguées »³⁰ en prévision sans doute d'une augmentation considérable des demandes de dispense.

§ 2. — *Des formalités préliminaires au mariage.*
Des oppositions.

Les conditions posées par la loi pour contracter mariage auraient toute chance de n'être pas observées s'il n'existait pas une institution destinée à faire connaître les projets de mariage et à permettre, aux personnes qui en auraient connaissance, de communiquer à l'état civil les empêchements qui s'opposent à la célébration de ces mariages. Nous étudierons donc tout d'abord les quelques modifications apportées par le projet de code civil aux publications et à l'institution connexe des oppositions³¹.

L'article 108 du projet³² est une application de la tendance plus favorable aux enfants manifestée en Italie et réalise un perfectionnement destiné à faci-

(29) Can. 1034.

(30) Art. 98, 101, 102, 103.

(31) Chapitres III et IV, du titre VI du projet.

(32) Il remplace l'art. 70 du code civil.

liter les oppositions. Il maintient, malgré son inexactitude, la mention des 2 publications, réminiscence sans doute de la pratique ecclésiastique : il n'y a plus 2 publications, puisqu'aux termes mêmes de l'Article 109 l'acte doit rester affiché à la porte de la mairie, et il nous semble dès lors que la formule un peu anachronique du code italien aurait pu être modifiée. Quoiqu'il en soit, l'article 108 supprime l'obligation de la mention du nom, du prénom, de la profession, de la résidence des parents des époux quand il s'agit d'enfants naturels et cela par égard pour eux³³. Mais il rend obligatoire l'indication de la commune où les époux entendent célébrer leur mariage, indication fort utile pour qui entend présenter des oppositions en temps utile avant la célébration.

L'article 110, dans un but d'économie pour les époux, après avoir énuméré les personnes qui à défaut des époux peuvent demander des publications, n'exige plus, pour la personne qui en est chargée par les époux, la nécessité d'un mandat spécial et authentique³⁴. C'est la première disposition d'une politique tendant à faciliter le mariage, à combiner la nécessité sociale des publications avec la moindre gêne pour les époux. Dans ce même sens, l'article III déclare que « les documents nécessaires pour contracter mariage sont délivrés sans frais ». Dans cette réforme, le projet répond aux vœux de la doctrine : devant la diffusion de l'union libre, Stolfi disait

(33) Cf. rapport cit., p. 86.

(34) L'art. 73 du code civil l'exige.

ainsi : « le code civil n'a rien fait pour enrayer le mal; les époux doivent se présenter devant l'officier de l'état civil munis de tous les documents soumis aux droits fiscaux; il nous semble que, le mariage étant principium urbis et quasi seminarium reipublicae, les officiers pourraient procéder sans aucun frais » ³⁵. La formule très large du projet n'exige plus pour l'exemption des frais la preuve de l'indigence : il nous semble que c'est avec raison et logique; cette preuve peut répugner à certaines gens, ce serait en tout cas une formalité de plus et gênante; et d'autre part il s'agit d'inciter au mariage des personnes qui vivraient aussi bien en concubinage; cette mesure peut avoir un excellent effet psychologique. C'est sans doute aussi, afin d'éviter toute gêne, que l'officier de l'état civil, à défaut de la présentation par les époux des documents nécessaires, y pourvoit et semble-t-il sans rémunération obligatoire puisque l'art. III nous dit « qu'il *peut* exiger le paiement d'une taxe ».

Outre la possibilité de dispense des publications, le projet ³⁶ prévoit le mariage in extremis et le réglemente avec beaucoup de largeur : « dans le cas d'imminent danger de mort de l'un des époux, l'officier de l'état civil peut procéder sans publications ou dispense à la célébration du mariage pourvu qu'elle soit précédée du serment des époux qui déclarent ne pas exister entre eux les empêchements de parenté,

(35) STOLFI, Diritto civile, t. V, p. 38.

(36) Le rapporteur déclare qu'il est inspiré de l'art. 78 du décret sur l'organisation de l'état civil.

d'alliance ou d'état ». Au contraire donc du droit canonique ³⁷, le seul fait du danger de mort des époux, sans nécessité de l'intention de légitimer, autorise cette forme simplifiée. L'article ne parlant pas des témoins, c'est donc que rien n'est changé quant à leur présence; mais on n'exige d'eux aucune affirmation sur l'inexistence d'empêchements, les époux sont crus sur parole; les conditions pour contracter mariage sont réduites au minimum, il n'est plus question par exemple de l'assentiment des parents; les empêchements sont réduits à trois.

Le droit de faire opposition reste toujours limité : il appartient seulement aux membres de la famille. L'article 119 du projet s'emploie surtout à éviter des distinctions qui ne pouvaient que donner lieu à des difficultés. L'article 82 du code accorde aux père et mère et, à leur défaut, aux aïeules, le droit d'opposition « pour toute cause admise par la loi, qui fait obstacle à la célébration du mariage », l'article 83 l'accorde aux frères et sœurs, aux oncles, tantes et cousins, mais seulement en raison du défaut de consentement des parents et de folie des époux. La raison de cette distinction, basée sans doute sur la plus grande confiance du législateur dans les ascendants, était discutable : c'était sans doute mettre aux seules mains des parents une dernière arme contre l'insoumission des enfants, rien ne justifiait ici cette prérogative, le législateur l'a abolie enlevant au droit général d'opposition le caractère exclusif d'une ma-

(37) Cf. can. 1019, § 2 et 1043.

nifestation de la puissance paternelle. D'autre part, ce même article 119 supprime la formule « pour toute cause admise dans la loi qui fasse obstacle au mariage » ne conservant que la phrase « pour toute cause qui fasse obstacle au mariage ». La possibilité d'opposition, plus largement ouverte par le nombre des personnes autorisées, l'est donc aussi par la matière qui en fera l'objet et le rapporteur nous dit qu'il pourra y avoir opposition « tant dans le cas d'un empêchement légal que dans le cas d'incapacité naturelle d'un des époux, laquelle ne constitue pas un empêchement proprement dit, mais peut donner lieu à la nullité d'un mariage contracté en un tel état » ³⁸.

De même qu'aux collatéraux, le droit général d'opposition est accordé au tuteur ou au curateur, mais la formalité illogique de l'autorisation du conseil de famille est supprimée ³⁹ : comment imaginer en effet un conseil de famille qui, après avoir autorisé un mineur au mariage, irait, dans une contradiction flagrante avec sa première décision, autoriser le tuteur à y faire opposition, et en cas de nécessité, plutôt que de recourir à l'opposition du tuteur, ne lui serait-il pas plus simple de révoquer son consentement ⁴⁰ ?

On ne comprend pas, étant donné le désir du législateur de faciliter les oppositions, le maintien de la

(38) Rapport cit., p. 88.

(39) Outre les raisons ici indiquées il faut dire que la nouvelle organisation de la tutelle ne prévoit plus le conseil de famille.

(40) PLANIOL et RIPERT, op. cit., p. 282.

formule de l'article 88 du code civil : « l'acte doit être notifié aux époux et à l'officier de l'état civil de la commune dans laquelle le mariage doit être célébré ». Il nous eût paru préférable que l'opposition fût portée à la connaissance des officiers éventuellement compétents, surtout que rien n'indique à l'opposant qui le sera véritablement, et qu'aucune disposition n'oblige les officiers de l'état civil à communiquer à leur confrère compétent un certificat constatant qu'il n'a pas reçu d'opposition. C'est peut-être une raison d'économie : pourquoi ne pas la faire porter sur un autre point, en exigeant la communication, non pas « aux époux », mais au seul époux visé dans l'opposition ? Il en fera part à son futur conjoint, ne serait-ce que pour le prévenir du retard apporté à la célébration. Ce retard pourra d'ailleurs être assez grand puisque « l'opposition suspend la célébration du mariage jusqu'au prononcé de la sentence » ; la réforme en effet, tant attendue, mais pas encore réalisée, du code de procédure n'a pas permis aux rédacteurs du projet de code civil d'éviter de mettre si longtemps à l'épreuve la patience des époux.

Mais ces oppositions ne seront pas faites à la légère, car l'article 121, outre le dédommagement prévu déjà au code civil, condamne l'opposant dont l'opposition a été repoussée à une réparation pécuniaire. Les rédacteurs ont voulu prévoir ici les hypothèses où la preuve de dommage matériel est impossible ⁴¹, éviter qu'une faute entravant la liberté des époux,

(41) Rapport cit., p. 90.

leur apportant un dommage moral considérable, et peut-être funeste sur l'issue du mariage, ne demeurât sans sanction. Il faudra ici prouver la faute, et dans une distinction assez incompréhensible, le projet maintient que l'ascendant et le ministère ne pourront jamais être condamnés.

On peut dire en somme qu'avec le projet se réalisera mieux le but des publications et des oppositions : sans être un obstacle au mariage, elles sauvegardent l'intérêt de l'Etat qui, s'il a intérêt à voir se contracter des mariages, en a aussi à ce que ces plus nombreux mariages n'amènent pas une recrudescence de sentences de nullités, sources de troubles familiaux; le droit plus largement accordé de faire opposition correspond à ce but, sans trop nuire aux époux, protégés par des sanctions plus sévères contre les oppositions sans fondement.

§ 3. — *La célébration.*

« Le mariage doit être célébré dans la maison communale et publiquement devant l'officier de l'état civil de la commune où un époux a son domicile ou sa résidence ». C'est la formule du code reprise par le projet (Art. 123), affirmation du caractère solennel du mariage, contrat sans doute, mais dont l'importance est telle que l'Etat doit y participer par l'intermédiaire de son représentant. Cette participation, dans le code civil, à l'imitation du code Napoléon, est vraiment active : c'est l'officier de l'état civil qui unit les époux. Il en est diversement

en droit canonique : les ministres du sacrement de mariage sont les deux époux, le curé se borne à constater la régularité de leur consentement, il assiste au mariage. Une telle différence qui engage la question même de notion unique du mariage⁴² est abolie dans le projet; son article 124 dit en effet : « il (l'officier de l'état civil) reçoit de chacune des parties personnellement l'une après l'autre la déclaration qu'elles se veulent respectivement prendre pour mari et femme, et de suite donne acte du mariage ». L'officier de l'état civil assiste, enregistre les déclarations, s'assurant que le consentement est certain et non soumis à terme ou à condition; l'article 126 l'interdit en effet, et si l'officier de l'état civil le mentionnait et célébrait cependant le mariage, il n'y aurait pas lieu à une demande de nullité, le mariage est inexistant pour défaut de consentement⁴³.

L'importance plus grande donnée au consentement des époux n'a cependant pas arrêté le législateur dans la voie de l'imitation du droit canonique, et l'article 129 admet le mariage par procuration. Il existait déjà pour les princes royaux, et il avait été admis pendant la guerre en faveur des militaires⁴⁴; outre le droit canonique, le code autrichien connaissait cette institution et il a paru sans doute inopportun aux rédacteurs du projet d'enlever aux habitants des provinces jadis autrichiennes qui contracteraient le mariage purement civil, une institution

(42) Cf. une note très intéressante du professeur IEMOTO dans *Giur. ital.* 1929, IV. 271.

(43) Rapport cit., p. 91.

(44) Décret-loi 24 juin 1915, n. 903.

d'une utilité incontestable. Mais hors la nécessité de graves motifs qu'appréciera le procureur général près la cour d'Appel, l'article 129 n'indique aucun détail, ni sur la forme de la « procura » ni sur les limites de temps, ni sur le cas spécial de la mort du mandant dans l'intervalle. Seuls les effets de la révocation sont prévus à un dernier alinéa : la cohabitation qui a eu lieu même temporairement après la célébration du mariage élimine les effets de la révocation ignorée de l'autre conjoint. « C'est peu pour une institution qui malgré la nécessité de graves motifs peut se répandre et susciter des difficultés que la jurisprudence devra trancher sans indication du législateur.

Une autre et plus profonde réforme de l'organisation juridique familiale est réalisée par l'article 125 : « Avant la célébration du mariage, dit-il, les époux doivent déclarer à l'officier de l'état civil s'ils ont stipulé des conventions matrimoniales... s'ils n'ont pas stipulé de conventions, l'officier de l'état civil les avertit qu'ils peuvent élire le régime de la communauté des biens par une simple déclaration⁴⁵. On ne peut, à notre sens, que louer le législateur d'avoir admis un régime légal alors que le code civil actuel ne connaît que les régimes stipulés par acte notarié. et surtout d'avoir adopté la communauté légale plus conforme à la solidité du consortium familial. Les gens qui n'ont pas de fortune au moment du mariage

(45) Ce régime d'ailleurs, n'est pas la communauté universelle mais la communauté réduite aux acquêts, aux termes de l'art. 236, « il n'est pas permis aux époux de contracter d'autre communion universelle de biens que la communauté des acquêts... »

ne sentent pas le besoin de faire les dépenses d'un contrat notarié, une simple déclaration réglera le régime futur de leurs biens : et si plus tard le besoin se fait sentir d'un changement de régime, le législateur la permet en exigeant que l'officier de l'état civil en fasse mention en marge de l'acte de mariage (art. 125, al. 4). La publicité des actes de l'état civil sauvegardera le droit des tiers contre des modifications utiles à l'intérêt des époux. Le législateur en introduisant un régime peu connu en Italie, d'origine germanique, reste-t-il fidèle à la tradition ? on peut en douter, mais cette institution d'un régime légal n'en est pas moins excellente surtout avec la possibilité de modifications ultérieures ; la question se pose seulement de savoir si au cas où les époux n'auraient pas voulu de la communauté et se seraient mariés sans contrat, ils pourraient se créer un régime de biens durant le mariage ; la formule du projet semble l'interdire puisqu'elle parle seulement de modification d'une convention.

C'est toujours dans l'ensemble de ces dispositions la même politique qui se continue : rapprochement d'avec le droit canon, plus grande facilité de mariage, volonté d'éviter toute cause de trouble familial en permettant sans faire de frais de régler, dès la constitution du foyer, les rapports pécuniaires et de les modifier si le besoin se présente.

§ 4. — *Des causes de nullité du mariage.*

De la dissolution et de la séparation.

Cette matière, connexe, selon le mot même du

rapporteur, à celle des conditions nécessaires pour contracter mariage, est inspirée dans ses réformes par les mêmes principes et si nous l'avons traitée séparément, c'est à fin de faire apparaître plus justement la physionomie du futur code civil italien ⁴⁶.

Il faut tout d'abord remarquer la modification de l'intitulé du chapitre : des causes de nullité de mariage » et non plus comme dans le code en vigueur « des demandes pour nullité de mariage » ; c'est donc qu'il a pour but d'établir l'ensemble des empêchements, qu'il dépasse la portée d'indiquer seulement, avec les personnes qui peuvent agir, la procédure à suivre.

Les premiers articles de ce chapitre visent les nullités absolues : l'article 135, en son premier alinéa ⁴⁷ déclare que « peut être attaqué par les époux, le ministère public et tous ceux qui y ont intérêt légitime et actuel » le mariage contracté en violation de la condition d'âge, de l'existence d'un mariage pré-existant, d'un lien de parenté ou d'alliance, de l'empêchement dérivant du délit, et le second alinéa nous dit qu'il en est de même du mariage célébré sans la présence de témoins ou devant un officier de l'état civil incompetent. Il n'y a aucune distinction de l'incompétence; même simplement territoriale, elle amènera la nullité du mariage et la sanction nous paraît sévère; elle existe évidemment déjà au code; il eût peut-être été plus sage d'en adoucir la rigueur, car l'intérêt de l'Etat est de laisser subsister des unions,

(46) Le chapitre VII du titre V étudie les causes de nullité, le chapitre XI, la dissolution du mariage et la séparation.

(47) Il modifie les articles 104 et 366 du code civil.

même irrégulières, du moment que l'irrégularité n'est pas de nature à porter une grave atteinte à l'ordre social. Surtout en Italie où se déploie une si large campagne en faveur de la famille et du mariage une moindre rigueur se comprendrait mieux. D'ailleurs une assez large tendance dans ce sens est nettement marquée par la fin de l'article 135 : « s'il s'est écoulé 6 mois depuis la célébration du mariage, la demande de nullité pour les dites inobservations (incompétence, et absence de témoins) n'est plus admise ». Le code actuel exige l'écoulement d'un délai d'un an, et encore ce délai de forclusion n'exclut-il que les demandes en nullité pour incompetence de l'officier de l'état civil; le projet en confondant les demandes pour ces vices de célébration contribuera heureusement à réduire le nombre des annulations de mariage; il ne dit rien, au contraire de certains codes modernes ⁴⁸, du cas où le mariage est célébré devant une personne qui a usurpé les fonctions de l'officier de l'état civil : le rapporteur nous dit que dans ce cas il faudra considérer le mariage comme célébré devant l'officier ⁴⁹, il eût été préférable, dans l'intérêt des familles de le dire expressément afin d'éviter les incertitudes des variations de jurisprudence.

En ce qui concerne l'impuberté, il est vraisemblable tout d'abord, étant donné l'abaissement de l'âge requis, que l'on verra moins souvent d'actions en nullité : quoiqu'il en soit, l'article 136 établit que la régularisation se produit par l'écoulement d'un

(48) Loi hongroise, art. 130; code allemand, § 1319.

(49) Cf. rapport cit., p. 92.

mois depuis l'atteinte de l'âge requis, et, afin de résoudre les controverses doctrinales et jurisprudentielles actuelles, que la régularisation de l'union aura lieu quand l'épouse sera demeurée enceinte, sans distinguer si le défaut d'âge existe chez l'homme ou chez la femme, alors que l'art. 110 du code semble établir que la grossesse de la femme ne peut qu'opérer la régularisation du défaut d'âge chez elle ⁵⁰. Cependant il n'était pas possible de ne pas considérer le cas où la conception ne peut être due à l'œuvre du mari : toute justification de la régularisation disparaîtrait et le projet établit dans ce but que l'action en nullité subsiste « quand est intervenue une sentence qui exclut l'état de filiation légitime des enfants ».

Une prescription du même genre est établie pour l'action en nullité du mariage contracté malgré l'empêchement résultant du délit : « il ne peut plus être attaqué quand se sont écoulés 5 ans depuis le fait qui donne lieu à l'empêchement ou que des enfants sont nés du mariage ». Et, au fond, avec cette déchéance de l'action, et la dispense possible, l'empêchement n'a plus grande force; c'est d'ailleurs ce que remarque le rapporteur lui-même quand il écrit que l'empêchement « reçoit une discipline... telle qu'elle apparaît plus conforme aux opportunités politiques » ⁵¹.

En plus de ces limitations dans le temps de l'exer-

(50) Art. 110 « le mariage... ne pourra plus être attaqué... 2°) quand l'épouse, même si elle n'a pas atteint un tel âge, est demeurée enceinte ».

(51) Rapport cit., p. 94.

cice des actions en nullité, l'article exclut des personnes admises par le code à les exercer, les ascendants les plus proches : après avoir amoindri l'importance de leur consentement, le projet les oblige maintenant pour agir à justifier « d'un intérêt légitime et actuel ». L'affection, base de leur action dans le code actuel, ne suffit plus à la légitimer; c'est une atteinte certaine à leur autorité : l'action en nullité n'est plus un droit inhérent à la puissance paternelle, un corollaire de la solidarité familiale; comme à toute autre action, l'adage « pas d'intérêt, pas d'action » s'y applique strictement. L'intérêt sera moral, présumé chez les époux et le ministère public et explicitement démontré par tous autres. C'est en accord avec ces idées qu'a été supprimé l'article III du code actuel; il établit que le mariage contracté avant l'âge fixé ne peut être attaqué, ni par les ascendants, ni par le conseil qui l'avaient autorisé; leur seule qualité ne suffisant plus à leur attribuer l'action, cet article n'avait plus de raison d'être; même dans le code actuel il est une anomalie : l'empêchement d'impuberté est un empêchement public, l'action est accordée à tous, il n'y a pas de raison de l'enlever aux ascendants qui pourront l'exercer dans les mêmes conditions.

Le projet modifie ensuite plus largement les causes de nullité relative; la faiblesse d'esprit n'aura plus besoin d'être corroborée par un jugement d'interdiction, le consentement est plus facilement considéré comme vicié, l'impuissance est plus largement entendue, le consentement des parents qui semble

sortir du domaine de l'obligation juridique pour rentrer dans celui de l'obligation morale est enserrée dans des limites plus sévères.

L'article 99 prohibe le mariage aux interdits et à ceux qui ne sont pas sains d'esprit ⁵², cette distinction ne pouvait que se retrouver ici précisée. La situation de ces deux types d'aliénés est en effet différente : dans le premier cas, la folie est certifiée légalement, dans le second la certitude est moins grande, vérité médicale difficile à apprécier : cette différence a conduit les rédacteurs à considérer les deux cas en deux articles différents. L'article 137, tout d'abord ⁵³, s'attache au cas de mariage de l'interdit : quand la sentence d'interdiction existait déjà au moment du mariage, l'action en nullité est accordée au tuteur et au ministère public; le conseil de famille n'est plus cité et cela conformément à la nouvelle organisation de la tutelle, ni l'interdit et c'est logique puisque, il ne peut personnellement passer aucun acte qui ne soit annulable. Cependant après la révocation de l'interdiction il pourra agir, mais il devra se hâter, car « l'annulation ne pourra plus être prononcée si la cohabitation s'est continuée après la révocation de l'interdiction »; la disposition de l'article 145 prend ici une grande importance : « quand la demande d'annulation est proposée par l'un des conjoints, dit-il, le tribunal peut... ordonner la séparation temporaire... même d'office si les deux conjoints sont mineurs ou interdits »; un simple retard de procédure peut em-

(52) Cf. *supra*, p. 76.

(53) Art. 112 du code civil.

pêcher le prononcé de l'annulation, l'action eut-elle été intentée dans ce bref délai d'un mois.

Quant au contraire il s'agit de faiblesse mentale, mais sans interdiction, hypothèse que ne prévoit pas le code en vigueur, le projet établit une très logique distinction; l'article 138 en un premier alinéa dit en effet, « le mariage peut être attaqué par celui des époux qui n'était pas sain d'esprit au moment du mariage bien qu'ensuite l'interdiction ne soit pas poursuivie ». C'est en effet lui surtout que la loi veut protéger et indirectement la famille; à défaut de toute certification légale sur son état ce serait faire régner l'arbitraire et ouvrir une trop large voie aux nullités de mariage que de l'accorder à d'autres personnes; l'accorder à l'interdit, et dans d'étroites limites, puisque « l'action ne peut plus être exercée s'il y a eu cohabitation durant 3 mois après que l'époux a récupéré la plénitude de ses facultés mentales », était le meilleur moyen d'éviter les troubles trop fréquents de l'ordre familial tout en protégeant l'incapacité des individus; la disposition montre bien toute son utilité quand on songe à l'importance plus grande donnée au consentement des époux dans la formation du mariage, à l'atténuation de la surveillance paternelle.

Le deuxième alinéa de ce même article 138 prévoit un cas légèrement différent : l'interdiction est prononcée pendant le mariage et il apparaît que la cause en existait au moment du mariage; l'annulation pourra être provoquée par le tuteur et le ministère public : le consentement a été donné par un indi-

vidu légalement atteint pour le moins de faiblesse mentale, il est juste que son protecteur, le tuteur, le protecteur de l'ordre social, le ministère public, puissent intervenir. L'ensemble de ces dispositions découlent d'une vraie sagesse législative, et si l'admission de l'action de l'époux non interdit laisse apparaître la possibilité d'excès, il n'en est pas moins vrai qu'en plus de son caractère logique, elle répond à une saine conception du mariage : il suppose chez les époux la faculté de supporter certaines charges, on ne peut compter sur un fou pour remplir ces devoirs.

Pour les autres incapables, les mineurs, qui ont besoin du consentement de leurs parents, le mariage contracté sans cette autorisation est annulable : à part les modifications nécessitées par la restriction du nombre des personnes dont le consentement est nécessaire, et l'abréviation du délai de forclusion, le code civil reste inchangé⁵⁴ : l'action peut être exercée par l'époux qui avait besoin du consentement, les personnes dont le consentement était nécessaire, et aucune action ne sera plus reçue quand l'époux aura atteint depuis un mois la majorité.

Si la loi protège spécialement les incapables dans le mariage, c'est que le mariage est un contrat qui intéresse à un tel point la société que l'exigence de la stabilité des rapports conjugaux nécessaire à la stabilité politique l'emporte sur la protection de la liberté qui doit accompagner la formation et la manifestation de la volonté; aussi les règles du contrat

(54) Art. 108 et 109 du code civil.

en matière de vices de consentement ne peuvent être admises avec toute leur amplitude : les fréquentes annulations qu'elles provoqueraient satisferaient l'intérêt individuel de quelques personnes, mais l'intérêt supérieur de la famille et de l'Etat en recevrait de graves atteintes. L'article 141 du projet nous dit ainsi : « le mariage peut être attaqué par celui des époux dont le consentement a été extorqué par violence, ou donné par erreur » ; en quatre alinéas, ce seul article contiendra le résultat d'une longue évolution doctrinale, de débats parlementaires, de discussions au sein de la commission de réforme du code civil.

L'article ne définit pas la nature de la violence, mais de la façon générale dont il s'exprime, on peut déduire que la violence, physique ou morale, qui exclut le consentement comme celle qui le vicie, sont toutes deux visées ; il faudra évidemment un certain quantum de gravité mais c'est là une question de circonstances dans les détails desquelles un code ne peut entrer.

Dans tous les contrats, l'erreur est un vice du consentement, il en est de même en matière de mariage, mais ce ne peut être de façon aussi pleine. La formule du code actuel⁵⁵ laissait trop de place aux plus diverses interprétations, il appartenait au projet de trancher ces difficultés. « Quand il y a eu erreur dans la personne, l'action en nullité peut être exercée par celui des époux qui fut induit en erreur » ; et la jurisprudence plus large que la jurisprudence

(55) Art. 105.

française, annulait pour erreur sur les attributs essentiels de la personne ⁵⁶. Il est certain qu'il fallait admettre l'erreur sur l'identité de la personne, c'est-à-dire l'erreur qui élimine la coïncidence entre la volonté et sa déclaration, mais pour l'erreur qui affecte la formation de la volonté, la sévérité et la largeur ont eu leurs défenseurs dans les débats qui ont précédé la rédaction du projet. Si l'on part en effet du principe de l'absolue stabilité des rapports nés du mariage, l'erreur dans les motifs est à écarter, elle blesse gravement cette stabilité : la formation de la volonté est suffisamment protégée par l'ensemble des mesures de contrôle que comporte l'organisation même du mariage, point n'est besoin de remède successif qui protégerait cette volonté en annulant le mariage. Mais c'est là raisonner de façon absolue, sans tenir compte des besoins du pays, manifestés dans la jurisprudence et la doctrine : les tribunaux interprétaient largement le code afin de pouvoir annuler pour erreur sur les qualités de la personne, et lors du premier projet de loi donnant au Gouvernement la faculté de reviser les codes, de nombreuses opinions s'étaient manifestées dans ce sens, s'appuyant sur le fait que les cas qu'il fallait protéger étaient d'autant plus dignes de pitié que la législation affirme l'indissolubilité du mariage. Enrico Ferri disait ainsi ⁵⁷ : dans l'unification à faire, on ne peut pas ne pas tenir compte de ces deux faits : la légis-

(56) BRESCIA, 10 oct. 1883. DALLOZ, suppl. Lois, n° 290.

(57) Sub-allegato B au rapport de la sous-commission pour la réforme du code civil : Att. parl. Camera. Legis XXVI, sess. 1921-1923, doc. 2013 A.

lation autrichienne admet le divorce pour les non catholiques, l'expérience a montré l'insuffisance de notre code sur les cas de nullité. Une réforme radicale admettant le divorce n'est pas nécessaire, disait-il, mais il faut, tout en maintenant l'importance morale et sociale du mariage admettre plus largement la nullité pour causes « *sopraesistente* », l'annulation pour causes « *sopravenienti* ». Il recommandait ainsi d'admettre comme causes de nullité, le cas d'une condamnation au bagne, ou à une peine détentive de 20 ans, le cas d'internement pour cause de maladie mentale incurable. Cette idée repoussée par la commission fut formellement frappée de l'opposition du Gouvernement par M. Scialoja à la tribune du Sénat. Plus répandue était l'opinion qui admettait l'erreur sur les qualités essentielles; à la rigueur d'ailleurs elle comprenait les cas indiqués par Ferri; son influence, avec celle des nombreuses législations étrangères qui admettent les diverses formes de l'erreur, devait profondément s'exercer sur l'esprit des rédacteurs du projet; le droit canonique lui, ne prend pas en considération l'erreur sur les qualités du conjoint sauf le cas, selon la distinction établie par St Thomas de l'« *error qualitatis personæ errorem redundans* »⁵⁸, c'est-à-dire sur les qualités essentielles qui individualisent une personne. Le projet est allé plus loin et il admet comme cause de nullité l'erreur sur « les qualités et conditions de

(58) Can. 1083, § 2; il prévoit bien un autre cas mais sans importance pratique actuellement, celui où une personne libre contracte mariage avec une personne qu'elle croit libre et qui au contraire est esclave.

l'autre conjoint telles que, étant donné la raisonnable évaluation des exigences matrimoniales, elles auraient, si elles avaient été connues, exclu le consentement ». Cette définition, malgré les facilités laissées aux interprétations, est une limitation des cas à admettre : ne seront envisagées que les qualités absolument essentielles. D'autre part afin d'éviter les évasions possibles de l'indissolubilité matrimoniale, l'article 141 déclare que l'on ne pourra faire valoir l'erreur comme cause d'annulation si elle n'est pas excusable. Une double appréciation est confiée au juge : la qualité est-elle une qualité essentielle ? l'erreur est-elle grossière ? Il n'est pas douteux qu'étant donné la pensée manifestée des rédacteurs, la forte tendance favorable à l'indissolubilité matrimoniale, la plus grande rigidité du droit canon, les tribunaux n'agiront qu'avec une sage réserve : il faudra que les qualités aient constitué la raison suprême, la partie intégrante de la déclaration de volonté de sorte qu'une erreur sur elles amène l'invalidité du consentement. Le délai de déchéance de l'action est singulièrement abrégé, de 6 mois dans le code, il tombe à un mois de cohabitation depuis le jour « où l'époux a réacquis sa pleine liberté ou connu l'erreur » (art. 141, al. 4).

Dans cet élargissement des cas de nullité favorable aux époux, favorable même à la stabilité de l'ordre social gravement troublé par les désordres familiaux, les rédacteurs sont restés sans doute influencés par la tradition et le droit canon : le dol est ainsi absolument exclu comme cause spéciale de nullité, et

fort heureusement : le danger de trop fréquentes annulations, de procès téméraires perturbateurs de l'ordre familial, la trop grave atteinte portée à l'indissolubilité matrimoniale retinrent vraisemblablement les rédacteurs du projet; et l'exclusion du dol est absolue : même dans les cas d'erreur dans les motifs il n'y a pas à considérer si elle est l'effet d'une tromperie, ou si elle s'est spontanément déterminée.

Si le législateur ne doit pas permettre, afin que le mariage soit vraiment une union des âmes, qu'un époux soit lié pour toute sa vie après s'être gravement trompé sur les qualités de son conjoint, il ne faut pas oublier que la fin primordiale du mariage est la procréation des enfants et c'est en accordant plus d'importance à cette idée que les rédacteurs ont notablement modifié l'article 107 du code civil; ils ont supprimé de ce fait avec les discussions doctrinales, les différences entre droit civil et droit canon. Le projet distingue nettement et discipline différemment « l'impotentia generandi » de « l'impotentia cœundi » alors que le code actuel dit simplement : « l'impuissance manifeste et perpétuelle, antérieure au mariage, peut être proposée comme cause d'annulation par l'autre conjoint ».

En ce qui concerne l'impotentia cœundi le nouvel article 141 supprime la nécessité du caractère manifeste dont la justification n'était qu'historique⁵⁹ : c'était en effet la crainte de trop fréquentes demandes de nullité, le souvenir des scandales résultant des annulations suivies de nouveaux mariages prolifiques

(59) Cf. rapport cit., p. 99.

qui avaient amené le silence du code Napoléon et incité à la sévérité le législateur italien. Le projet actuel, s'il n'exige pas le caractère manifeste n'admet cependant pas « l'*experimentum trienni* » du droit canonique, « il veut que l'expertise éventuelle et le jugement du magistrat puisse conclure sur la proposition de nullité en sens définitif, faisant lieu à l'acceptation ou au rejet de la demande »⁶⁰. C'est donc seulement dans le cas où le doute subsistera après les diagnostics médicaux et les raisonnements du juge, que la nullité ne pourra être prononcée, imitation, d'ailleurs du droit canonique qui sans exiger le caractère manifeste déclare cependant « si *impedimentum impotentiae dubium sit, sive dubio juris, sive dubio facti, matrimonium non erit impedimentum* » (1068).

Le projet donne dans ce cas l'action en annulation aux deux conjoints; le système du code au contraire, socialement dangereux, permettait à l'autre conjoint seul titulaire de l'action de ne pas faire valoir la nullité pour des raisons tout autres que morales; il partait d'ailleurs d'une fausse conception de l'empêchement : il ne voyait pas en effet dans l'impuissance un empêchement d'une nature propre, mais un succédané de l'erreur sur la personne de l'autre conjoint⁶¹. Il est cependant un cas où le conjoint impuissant ne doit pas avoir l'exercice de l'action, et c'est ce que dit l'article 141 : « l'annulation ne peut être demandée par celui des conjoints qui avant le

(60) Cf. rapport, p. 100.

(61) Rapport. loc. cit.

mariage avait connu sa propre impuissance ». Il en résulte que l'autre conjoint même s'il a connu l'impuissance avant le mariage peut exercer l'action en nullité conformément d'ailleurs au droit canon ⁶². La concéder au conjoint impuissant serait faire de lui l'arbitre du lien qu'il a contracté, ce serait aussi se séparer du système général des nullités.

L'impuissance d'engendrer reçoit conformément à la distinction traditionnelle une discipline différente : elle doit comme l'autre être perpétuelle et antérieure au mariage. L'article 141, d'ailleurs envisageant cette sorte d'impuissance vise les cas d'inaptitude à la génération chez l'un ou l'autre conjoint, et non ceux de stérilité du mariage qui ne peuvent être attribués avec certitude à une anomalie physique de l'un ou l'autre conjoint. C'est d'ailleurs suivre la disposition formelle du droit canon, « *sterilitas matrimonium nec dirimit, nec impedit* », mais dans une formule plus douteuse qui ne peut se flatter d'enlever toute incertitude dans les différents cas de la pratique. Pour l'exercice de l'action, l'impuissance d'engendrer se distingue nettement de l'impuissance « *coeundi* » ou impuissance tout court. Les raisons qui permettaient d'attribuer l'action même au conjoint qui avait eu connaissance de l'impuissance de l'autre avant le mariage ne valent plus ici, et malgré la considération pour la procréation très digne de protection, le projet n'a pas accordé l'action en nullité au conjoint qui avant le

(62) Can. 1068 « *impotentia... sive alteri cognita, sive non...* ».

mariage connaissait l'état de son conjoint ⁶³ : il savait qu'il n'aurait pas pu avoir d'enfants et dès lors prévaut l'intérêt social de la stabilité du mariage, car il a encore d'autres buts que la procréation des enfants.

Les articles suivants visent les conditions générales de l'exercice des actions en nullité : à l'hypothèse du code qui ne prévoit comme cas d'impossibilité de l'action que la mort de l'un des conjoints, le projet ajoute celle de la dissolution du mariage sauf le cas, prévu à l'article 143, du conjoint de l'époux bigame qui en tout temps peut attaquer le mariage de son conjoint. Mais en tout cas « l'action pour l'annulation du mariage ne se transmet aux héritiers que si le jugement était en suspens à la mort du demandeur » (art. 146).

En fin du chapitre, le projet en cinq articles réglemente le mariage putatif, alors que le code ne lui consacre qu'un article : il ne faut pas s'en étonner; étant donné l'augmentation des causes de nullité, il est vraisemblable que plus souvent la pratique donnera des exemples de mariage contracté de bonne foi. L'article 148 établit expressément que le conjoint de bonne foi conservera les gains dont le contrat de mariage lui assurait la dévolution en cas de dissolution du mariage, que la femme de bonne foi conservera son hypothèque légale et peut en outre annuler l'engagement ou l'aliénation de ses biens dotaux. Quant au conjoint de mauvaise foi, outre qu'il ne jouit pas de l'article 148, il doit payer au conjoint

(63) Art. 142, al. 2, « l'impuissance d'engendrer... peut être proposée comme cause d'annulation par l'autre conjoint qui n'en a pas eu connaissance avant le mariage ».

qu'il a trompé des réparations, lui servir des aliments et de plus il est passible d'une amende de mille à trois mille lres. Inégalité justifiée entre les deux époux, inégalité aggravée du fait que la puissance paternelle ne peut appartenir qu'au conjoint de bonne foi; et l'intérêt de l'Etat à ne pas voir s'accroître le nombre des enfants naturels fait conserver leur état aux enfants légitimes ou légitimés à condition qu'un des époux fût de mauvaise foi. Si au contraire les deux époux étaient de mauvaise foi, le tribunal fera placer les enfants en tutelle. Dans tout cela, les droits des tiers ne seront pas lésés, car l'article 151 déclare « qu'au tiers qui a contracté avec l'un ou l'autre des conjoints ou obtenu contre eux une sentence définitive, on ne peut opposer aucune exception, à moins qu'à l'époque du contrat, ou au début du procès le mariage fût déjà déclaré nul, ou qu'il connût la cause de la nullité ».

Le projet n'établit pas expressément les cas spéciaux où l'on retrouvera la bonne foi; ce qui est certain d'après la formule de l'article 147 (« le mariage qui a été contracté de bonne foi et ensuite est annulé, produit dans les rapports entre les conjoints les effets du mariage valable »), c'est que cette bonne foi des époux ne couvre pas seulement les empêchements dirimants existant antérieurement au mariage, mais même les irrégularités de célébration sans besoin de justifier une juste cause d'erreur. Devant l'accroissement des causes de nullité, le législateur intéressé à éviter les multiples inconvénients de l'annulation

des mariages a logiquement admis un palliatif avec largeur.

La protection du lien matrimonial a toujours été, sauf la brève période de domination napoléonienne, sévèrement respectée en Italie; l'admission plus large des cas d'annulation n'a pas pour but de l'attaquer, et, malgré des propositions faites lors du projet de révision des codes de 1923, le divorce a toujours trouvé une rigide résistance tant au Parlement que dans le pays. Le fascisme, réorganisant sa législation et établissant sa force sur de puissantes associations, ne devait pas admettre que la famille association naturelle vît sa cohésion ébranlée par l'admission d'une cause de désagrégation, fruit d'un individualisme exagéré, lui l'opiniâtre adversaire de tout individualisme. Aussi l'article 168 porte formellement : « le mariage ne se dissout que par la mort de l'un des conjoints ». Cependant, en cas de déclaration de mort présumée, le conjoint peut dans la sentence même ou dans une autre instance faire déclarer la dissolution du mariage⁶⁴; la guerre avait accru le besoin d'une telle disposition⁶⁵, le désir de voir augmenter les mariages, d'imiter le droit canon, de ne pas réduire au veuvage perpétuel une femme dont le

(64) Art. 76, « la déclaration de mort présumée produit tous les effets juridiques de la mort effective sauf les exceptions suivantes. Art. 77, « la déclaration de mort présumée ne produit pas la dissolution du mariage si elle n'est pas déclarée dans la sentence ou dans une autre postérieure sur instance du conjoint. Art. 82, la dissolution du mariage reste irrévocable à partir de la date de la mort présumée... tant dans le cas de la preuve de l'existence du présumé mort que dans le cas où la mort est vérifiée à une date postérieure.

(65) Le décret-loi du 15 août 1919, n. 1467 admettait l'annulabilité du second mariage sur action des conjoints ou du disparu.

mari est plus que vraisemblablement mort ⁶⁶ amenèrent les rédacteurs à se décider dans ce sens.

Hostile au divorce, la législation italienne ne pouvait que conserver le remède au désaccord des époux, la séparation. Dans un but de moralité, afin d'atténuer une choquante inégalité entre le mari et la femme, le projet supprime en la faveur de la femme, la nécessité, pour exercer l'action en séparation pour cause d'adultère du mari, que celui-ci ait entretenu la concubine dans la maison conjugale ou publiquement en un autre lieu; il exige cependant le concours de graves circonstances telles que le fait constitue une injure grave à la femme (art. 170). C'est un élargissement des cas de séparation que complète l'article 171 : alors que le code ne prévoit comme autre cause de séparation qu'une sentence criminelle, lui, admet qu'on puisse demander la séparation contre le conjoint qui « a été condamné aux travaux forcés, à l'interdiction perpétuelle des charges publiques, à la réclusion d'un minimum de trois ans » ⁶⁷. L'ensemble de la structure de la séparation n'est pas modifié, le tribunal peut, s'il le faut, confier les enfants à une tierce personne, et suivant les cas pour

Un bref exposé des solutions proposées depuis, fut fait à la Chambre par Degni, lors du projet de révision du code civil. Att. parl. Leg. XXVI, sess. 1921-1923, doc. n° 2013 A.

(66) Cf. art. 63 qui énumère les cas dans lesquels peut être déclarée la mort présumée : 1) quand quelqu'un a disparu de son dernier domicile... et qu'il y a 15 ans depuis le jour où remontent ses dernières nouvelles. 2) quand quelqu'un a disparu à la guerre... et que 5 ans se soient écoulés depuis l'entrée en vigueur du traité de paix.

(67) Quand quelqu'un a disparu dans une catastrophe et qu'on en a plus de nouvelles après 4 ans du jour de la catastrophe... »

des raisons de convenance peut suspendre la femme du droit d'usage du nom de son mari.

Le principe reste toujours, l'indissolubilité du mariage : le devoir, le sacrifice, la lutte contre l'esprit de jouissance sont les principaux chapitres du programme de l'action fasciste, le divorce est en contradiction avec eux. Et quoique l'Autriche l'admît pour les non catholiques, la sous-commission parlementaire pour la réforme du code civil nommée en 1923 lors de la loi concédant au Gouvernement la faculté de modifier les codes en raison de l'unification législative avec les nouvelles provinces, jadis autrichiennes, s'opposa à toute proposition favorable au divorce⁶⁸; elle terminait ainsi son vœu au Gouvernement »... que ce soient de chaudes paroles d'avertissement au législateur, pour qu'il tienne toujours sauve l'indissolubilité, fondement et guide de la famille italienne »⁶⁹.

§ 5. — *Des effets du mariage.*

Le législateur, surtout dans le domaine familial se borne souvent à traduire sous forme juridique des préceptes de morale, et celle-ci se modifie peu malgré les conditions de la vie moderne; aussi, dans le chapitre X, relatif aux effets du mariage, justement inti-

(68) Elle repoussa ainsi une proposition du député ROSADI : il proposait une solution transitoire concédant le divorce aux pays annexés de façon limitée quant aux personnes et quant au temps. Cf. Att. parl. Camera, loc. cit.

(69) Rapport de la sous-commission pour la réforme du code civil att. parl. loc. cit.

tulé « des droits et des devoirs qui naissent du mariage » on ne peut s'attendre à trouver de nombreuses modifications.

« Le mariage impose aux conjoints l'obligation réciproque de cohabitation, de fidélité et d'assistance » ; c'est la formule du code actuel, traduction presque littérale du code Napoléon ⁷⁰, l'énumération des devoirs, manifestation de la solidarité familiale, que sanctionne sévèrement le code pénal ⁷¹, énumération complétée par le devoir d'éducation et le devoir de secours.

En ce qui concerne la puissance maritale, le projet reprend la formule absolue du code : « le mari est chef de la famille : la femme en suit la condition civile, en porte le nom qu'elle conserve même durant le veuvage, et est obligée de l'accompagner où il croit opportun de fixer sa résidence » (art. 164) ; en contre partie le mari doit subvenir aux besoins de sa femme à moins qu'il n'en ait pas les moyens. C'est la consécration de la formule traditionnelle, si fortement attaquée de nos jours par suite de l'émancipation des femmes, de la nécessité et de l'habitude prise par elles de travailler en dehors de la maison conjugale. Mais on sait que la politique féministe du fascisme, dans son essence, se résume à ramener la femme à la maison, son vrai domaine, et dès lors cette réglementation des rapports conjugaux, l'affirmation de l'autorité maritale ne peuvent étonner. D'ailleurs la commission de réforme ne jugea

(70) Art. 212.

(71) Cf. p. 311 et suivantes.

pas utile elle-même de bouleverser cette matière; écoutons plutôt le rapporteur « Quoiqu'en une certaine mesure les mœurs soient modifiées, les conditions sociales changées, on ne voit pas l'opportunité de modifier en aucune façon la fondamentale discipline des rapports entre conjoints... toute attitude particulière qui convienne mieux aux besoins et aux mœurs de l'époque, eu égard surtout aux conséquences du phénomène toujours plus important du travail des femmes, est parfaitement compatible avec cette fondamentale discipline de la famille. Et sans une nécessité formelle il n'y a pas à modifier des formules qui ont désormais le prestige et la force de la tradition »⁷².

Parmi les devoirs naissant du mariage, l'obligation alimentaire n'est pas amplement exposée, ce n'est pas que son importance en soit atteinte; au contraire, afin de mieux spécifier sa nature propre, différente de l'obligation de secours avec laquelle elle risquait de se confondre dans le code actuel, un titre spécial lui a été consacré et le code pénal la sanctionne sévèrement.

Ce traditionalisme n'est qu'un aspect de la tendance inspiratrice de toutes les dispositions sur le mariage civil : garder une famille forte, unie, et, tout en élargissant dans l'intérêt même de l'ordre social et de la moralité publique les cas d'annulation du mariage, repousser la dissolubilité d'un lien que le fascisme a voulu le plus solide possible; dans ce

(72) Rapport du prof. VASSALI, p. 105.

but il s'est appuyé sur le concours de principes religieux.

SECTION II.

LE MARIAGE DES CATHOLIQUES ⁷³.

Le traité entre l'Italie et le Saint-Siège donnait solution à la question romaine, reconnaissait la souveraineté du Pape et la religion catholique comme religion d'Etat ⁷⁴. Le fascisme qui réalisait cette entente désirée par la majorité des Italiens, mais réputée quasi irréalisable, rejetait ainsi un des principes les plus affirmés de son programme initial, l'irrégiosité; mais plus action que pensée, le fascisme est aussi totalitaire; et la formule « rien en dehors de l'Etat » n'a certainement pas été sans influencer un accord dont il tirait grand profit. Dès le début des tractations, le Saint-Siège demandait que le Traité fût accompagné d'un Concordat « pour régler les conditions de l'Eglise et de la religion en Italie » ⁷⁵. L'importance que l'Eglise a toujours attachée à la question matrimoniale, l'intérêt pour le fascisme de donner plus de force à un lien qui se relâchait, firent apparaître une solution originale où

(73) Célébré devant le curé ou un autre ministre du culte catholique.

(74) Art. 1 du traité entre l'Italie et le St Siège « l'Italie reconnaît et réaffirme le principe... par lequel la religion catholique et romaine est la seule religion de l'Etat ».

(75) Cf. Concordat.

les droits de l'Eglise sont sauvegardés sans que ceux de l'Etat soient lésés.

L'article 34 du Concordat donne les principes :
« l'Etat italien voulant redonner à l'institution du mariage qui est la base de la famille, une dignité conforme aux traditions catholiques de son peuple, reconnaît au sacrement de mariage réglé par le droit canonique les effets civils.

Les publications du mariage seront effectuées, outre que dans l'église paroissiale, dans la maison communale.

Dès après la célébration, le curé expliquera aux conjoints les effets civils du mariage, donnant lecture des articles du code civil relatifs aux droits et devoirs des conjoints, et rédigera l'acte de mariage dont il transmettra dans les cinq jours une copie intégrale à la Commune, afin qu'il soit transcrit dans les registres de l'état civil.

Les causes concernant la nullité du mariage et la dispense du mariage conclu et non consommé sont réservées à la compétence des tribunaux et dicastères ecclésiastiques.

Les mesures et sentences quand elles sont devenues définitives seront portées au Suprême Tribunal de la Signature qui contrôlera si ont été respectées les règles du droit canonique relatives à la compétence du juge, à la citation, à la légitime représentation ou défaut des parties.

Les dites mesures et sentences définitives avec les décrets du Suprême Tribunal de la Signature seront

transmises à la Cour d'Appel compétente « *ratione loci* », qui, par ordonnances rendues en chambre du conseil, les rendra exécutoires aux effets civils et ordonnera qu'elles soient transcrites dans les registres de l'état civil en marge de l'acte de mariage.

Quant aux causes de séparation personnelle, le Saint Siège consent à ce qu'elles soient jugées par l'autorité judiciaire civile ».

Ce n'était pas la première fois que l'Italie connaissait le mariage canonique, c'est le système qui est nouveau ⁷⁶. « Selon le Concordat le mariage conserve toute son importance d'institution sociale et politique, puisque la famille légale, première cellule de la Nation, reste toujours réglée par les lois de l'Etat. Mais l'Etat ne peut oublier qu'à tout acte essentiel de la vie individuelle et sociale par lequel se constitue la famille, les religions reconnaissent un caractère sacré qui pour l'Eglise catholique a la dignité d'un sacrement. L'Etat n'a aucun motif ni aucun intérêt à être en opposition avec ce qui en toute façon élève dans la conscience du peuple une telle institution et en renforce la valeur spirituelle. Pour le mariage comme pour toute autre institution sociale, l'Etat doit établir les garanties qu'il estime nécessaires afin de poursuivre pleinement ses fins; quand de telles garanties sont offertes, il n'y a aucune difficulté à ce que l'Eglise le discipline en confor-

(76) Cf. supra, p. 68 et l'introduction de Rocco au livre de GRISOSTOMI MARINI « *il diritto matrimoniale nelle recenti disposizioni legislative.* »

mité de ses finalités religieuses⁷⁷. L'Etat italien maintient donc sa législation civile sur le mariage et tout citoyen est libre de l'adopter, mais reconnaît que « la discipline ecclésiastique du mariage est apte à satisfaire les exigences de l'Etat »⁷⁸, et permet aux citoyens qui le veulent de la préférer. Il n'y a dès lors certainement pas substitution du droit canonique à la législation civile⁷⁹, et il ne semble pas non plus que le droit canonique soit devenu droit de l'Etat, c'est-à-dire qu'il y ait réception de ce droit par l'Etat italien⁸⁰. On peut dire au fond qu'il y a renvoi partiel, conditionnel, aux règles du droit canon, que la compétence de l'Etat à régler le mariage « est devenue facultative en tant qu'il est permis aux citoyens de s'y soustraire au profit de la compétence de l'Eglise »⁸¹; les catholiques ne sont pas en effet contraints légalement⁸² d'adopter la forme canonique du mariage, et la seule lecture de l'article 34 du Concordat suffit à prouver ce caractère partiel du renvoi au droit ecclésiastique.

(77) Rapport de Mussolini à la Chambre.

(78) RAVA, *il matrimonio secondo il nuovo ordinamento italiano*, p. 14.

(79) Rocco, dans l'introduction citée.

(80) Dans ce sens : RAVA, *op. cit.*, p. 13 et s.; IEMOLO dans *Giur. ital.* 1929. IV, p. 274 et s.; del Giudice, *nuovi basi del diritto ecclesiastico italiano*, p. 59 et s.; Contra, GRISOSTOMI MARINI, *op. cit.*, p. 19; d'AMELIO, *Att. parl. Sen. sess. 1929, Discuss.*, p. 195.

(81) RAVA, *loc. cit.*

(82) Mais l'Instruction aux Ordinaires et curés d'Italie sur l'exécution du Concordat (1^{er} juillet 1929 publiée dans les *Acta Apostolicae Sedis*, 8 juillet 1929, p. 351) déclare, art. 1 « les catholiques qui entendent contracter mariage sont gravement obligés de célébrer le seul mariage religieux... »; art. 2, « si les époux osaient contracter civilement, soit même avec l'intention de célébrer ensuite le mariage religieux ils seront traités comme des pécheurs publics.

Cet article 34, énoncé de principes généraux ne pouvait suffire à résoudre, dans la pratique, les problèmes complexes qu'il soulève : il faut dans l'observation légale du Concordat garder aux futurs époux leur liberté, assurer, puisque le mariage canonique produit les effets civils, le contrôle de l'Etat sans amoindrir les droits de l'Eglise. Cette collaboration de l'Eglise et de l'Etat a été équitablement établie par la loi du 27 mai 1929; le chapitre V du titre du mariage déclare que « le mariage célébré devant le curé ou le ministre du culte catholique est réglé en conformité des lois qui le concernent », c'est à elle qu'il renvoie principalement. Par l'institution des publications l'Etat pourra contrôler la régularité du mariage; aux formalités canoniques de la célébration il ajoute une formalité civile nécessaire pour que, par la transcription, le mariage puisse comporter les effets civils; et si la connaissance des causes de nullité est attribuée aux tribunaux ecclésiastiques, c'est aux tribunaux de l'Etat qu'est réservé de donner « exequatur » à ces décisions.

§ 1. — *Les publications.*

S'il est vrai que le mariage célébré selon les seules règles du droit canonique produit les effets civils, il est certain cependant qu'il doit être, en outre, valable civilement; l'Eglise doit s'assurer des conditions de validité, mais l'Etat ne saurait reconnaître un mariage contracté contrairement à sa législation. Ce double contrôle nécessaire explique l'exigence que

les publications soient faites « outre que dans l'église paroissiale, dans la maison communale ».

Les publications civiles seront faites selon les règles et dans les communes indiquées par le code, mais « la requête des publications, outre que par les personnes indiquées par l'article 73 du code civil, doit être faite aussi par le curé devant lequel le mariage sera célébré » ⁸³. Le but de cette plus grande exigence est évidemment de donner toute certitude sur la date du mariage et sur le curé qui le célébrera : une erreur des parties, la légèreté avec laquelle elles rempliraient cette formalité troubleraient l'organisation prévue par l'Etat afin de réaliser un efficace contrôle. Le curé d'ailleurs ne « demandera pas d'ordinaire les publications s'il n'a pas auparavant accompli les autres prescriptions de droit concernant l'état libre des époux, la dispense des empêchements éventuels, leur instruction religieuse, leurs documents de Baptême et de Confirmation... » ⁸⁴. Son intervention, après l'observation de ces formalités, affirme plus nettement le choix qu'ont fait les deux époux de se marier suivant le droit canonique, sans toutefois le rendre irrévocable.

A la paroisse, les publications, faites à vive voix par le curé, dureront ordinairement quinze jours ; il pourra toutefois, avec la permission de l'Ordinaire, procéder par voie d'affiches et dans ce cas les limiter à huit jours, sauf toujours la possibilité de dis-

(83) Art. 3 de l'Instruction aux ordinaires.

(84) Art. 4, instruct. cit.

pense⁸⁵. Mais la dispense des publications canoniques ne dispense en rien des publications civiles⁸⁶. Cependant les autorités civiles tiendront compte des circonstances qui ont amené la concession de la dispense, et, d'ailleurs il est ordonné aux curés qui demandent la dispense des publications canoniques de faire la même demande aux autorités civiles⁸⁷. « Trois jours après la seconde publication ... l'officier de l'état civil, s'il ne lui a été notifié aucune opposition et que rien ne fait obstacle à la célébration du mariage, délivre un certificat...; s'il lui a été notifiée une opposition... l'officier de l'état civil ne peut délivrer le certificat et doit communiquer au curé l'opposition »⁸⁸. Dès son reçu, le curé en informe l'Ordinaire « et ne procède pas à la célébration sans son expresse autorisation, sauf le cas où l'opposition fut manifestement dépourvue de fondement⁸⁹. L'opposition, basée sur une cause qui amènerait la nullité du mariage, rentre naturellement dans la compétence de l'autorité qui jugerait de la « nullité » et puisque le Concordat attribue aux tribunaux ecclésiastiques le jugement sur la nullité des mariages réglés par le droit canon, la nécessité veut que l'appréciation préventive des causes qui devraient empê-

(85) Can. 1024 et 1025; et l'instruction citée recommande aux Ordinaires de permettre de procéder par voie d'affiches, art. 6.

(86) Circulaire n° 2232 sur l'application de la loi du 27 mai 1929. Bollettino uff. Minist. Giustiz, 26 juill. 1929, n° 30, p. 571 et s. et l'Instruction aux Ordinaires, n° 14 : « L'Ordinaire pourra, pour justes raisons dispenser des publications orales, vu que, malgré cette dispense, le droit des publications à la maison communale reste intact... ».

(87) Instruct. cit., n° 13.

(88) Art. 7, loi 27 mai 1929.

(89) Instruct. aux Ordinaires, art. 16.

cher le mariage soit faite par l'autorité judiciaire ecclésiastique. Ceci n'est pas établi expressément par le Concordat, mais l'application franche et loyale que l'Etat italien entend lui donner doit porter à cette logique déduction » ⁹⁰.

Cependant, l'autorité judiciaire civile statuera sur l'opposition en deux cas : quand elle est fondée sur l'interdiction ou sur l'existence d'un mariage civil précédent, car il s'agit de conditions au mariage, inconnues du droit canonique. En tous autres cas, l'autorité judiciaire prononce une sentence de non lieu à délibérer : les règles du droit canonique s'appliqueront et le mariage contracté, soit sans aucune dispense en cas d'empêchement connu seulement du droit civil, ou avec dispense de l'autorité ecclésiastique, produira les effets civils.

Il ne faut cependant pas croire que les empêchements de pur droit civil ⁹¹ n'auront aucune influence : le curé, on le sait, doit communiquer toute opposition à l'Ordinaire et ne peut célébrer le mariage sans son autorisation; or, quoique les parties contractant le mariage religieux, n'aient pas à s'inquiéter des conditions posées par le droit civil seulement, il est cependant possible que l'Ordinaire suspende la célébration du mariage en considération de l'importance de l'empêchement civil ⁹². Et, s'il s'agit de l'em-

(90) Rapport Rocco sur la loi de 1929. Att. parl. leg. XXVIII Camera, doc. 135.

(91) Il suffit d'ailleurs de se reporter à ce que nous avons dit des empêchements pour voir que les cas de conflit entre les deux législations seront rares.

(92) L'art. 26 de l'Instruc. cit. en donne un exemple au sujet du délai de veuvage. « L'Ordinaire n'accordera la permission à

pêchement résultant de l'interdiction ou d'un précédent mariage civil, l'autorisation de l'ordinaire, nécessaire pour la célébration du mariage, ne se rencontrera pas fréquemment sans doute, car un mariage célébré en de telles conditions ne pourrait avoir les effets civils puisqu'il se place en dehors du cadre établi par la loi.

Si aucune opposition n'a été notifiée à l'officier de l'état civil, il doit délivrer un certificat dans lequel il déclare qu'il n'y a aucune cause à s'opposer à la célébration d'un mariage valable aux effets civils; en cas d'opposition, il ne le délivrera qu'après la sentence définitive sur l'opposition, soit de l'autorité judiciaire civile, soit, en cas de sentence de non lieu à délibérer de celle-ci, sur présentation du jugement de l'autorité ecclésiastique. Ce certificat est au fond le point principal du système de contrôle de l'Etat : il affirme en effet que du côté de l'Etat rien ne s'oppose à la célébration, assure aux époux que rien ne pourra empêcher la transcription de leur mariage. Le Garde des Sceaux a tenu à préciser lui-même : « l'opportunité en une matière aussi délicate, d'intérêt social, d'enlever toute incertitude sur la constitution des familles... de donner aux intéressés la certitude de la transcription du mariage après la célébration » ; il poursuit « c'est à ce dernier but que sert surtout la délivrance du certificat de la part de l'officier de l'état civil.

une veuve avant l'écoulement des dix mois s'il n'a pas la suffisante certitude que sont exclus les inconvénients que le législateur entend empêcher ».

Ce certificat constitue une attestation de la régularité des publications et du fait qu'il n'est apparu aucun obstacle au mariage. Ce certificat permet aux parties de procéder à la célébration du mariage religieux avec pleine sécurité que, sur transmission régulière de l'acte à l'officier de l'état civil, celui-ci en exécutera la transcription » ⁹³.

Cette dernière phrase éclaircit la nature juridique du certificat : conformément à la nouvelle organisation les époux sont libres de célébrer le seul mariage religieux qui s'intègre dans le cadre de la législation civile; ce certificat n'est pas, et ne pouvait être, sans contredire l'essence même du système, une autorisation donnée par l'Etat au curé ou aux conjoints; c'est une affirmation officielle de l'officier de l'Etat civil que rien ne fait obstacle au mariage, elle met les époux catholiques dans la même situation que ceux qui contractent un mariage à la mairie, c'est-à-dire que leur mariage, à tous effets, sera semblable au mariage civil; il pourra être annulé dans la suite si un empêchement vient à se révéler, mais comme peut l'être le mariage civil après la célébration. La preuve, d'ailleurs, que ce certificat n'est qu'un titre et non une permission, c'est que les parties peuvent, malgré le refus de sa délivrance, procéder à la célébration du mariage; elles pourront peut-être même le faire transcrire mais sans en avoir la pleine assurance.

(93) Rapport, Rocco.

§ 2. — *La célébration.*

« Le mariage célébré devant un ministre du culte catholique, selon les règles du droit canonique, produit, du jour de la célébration, les mêmes effets que le mariage civil » dit la loi de 1929 : déclaration fondamentale, sensiblement la même que la formule du Concordat ⁹⁴, et certainement en tout cas, aussi formelle. Toutes les formes de célébration admises par le droit canonique ne peuvent que l'être également par l'Etat italien après cette formule générale; seules quelques formalités de caractère civil sont exigées afin que le mariage emporte ses effets civils et que soit conservée la preuve de sa célébration.

Pour le droit canonique, c'est le consentement des parties qui fait le mariage ⁹⁵, consentement fait en connaissance de cause, exprimé extérieurement. Aussi les vices du consentement sont-ils soigneusement étudiés : l'erreur sur la personne ou les qualités qui l'identifient, seule est prise en considération; la violence évidemment aussi; les différences avec le nouveau projet de code civil sont au fond très faibles. Cependant, quoiqu'en principe le consentement soit seul nécessaire, la loi positive a établi des formes solen-

(94) Dans le Concordat l'Etat italien en effet déclare reconnaître « le sacrement de mariage », l'article cité ne parle que du mariage. Le ministre Rocco en donne l'explication : « dans le Concordat, acte bilatéral, comme tel, émanant aussi de l'autorité ecclésiastique, est justement affirmé le caractère sacramentel que la doctrine catholique attribue au mariage, mais dans une loi de l'Etat il semble plus opportun de ne pas compliquer de concepts théologiques la détermination de la sphère d'application de la loi civile ».

(95) Can. 1081, § 1.

nelles : « ces mariages seulement sont valables qui sont contractés devant le curé ou l'Ordinaire du lieu, ou un prêtre délégué, et deux témoins... sauf les exceptions... » dit le code de droit canonique ⁹⁶. Dès lors, pour être juridiquement valable, il suffit aux deux époux de se présenter devant le curé, témoin qualifié assistant avec deux autres témoins à la déclaration des parties; normalement la célébration se passera à l'église, mais dispense peut en être accordée et le rôle du curé se bornera à recevoir le consentement des époux. Ces formalités strictement nécessaires pour la validité, sont entourées d'un cérémonial prévu au rituel. Le curé n'est plus seulement le « testis qualificatus », il prend un rôle actif et bénit solennellement les époux qu'il a unis.

Le mariage célébré d'une telle façon emportera certes les effets civils, mais qu'en est-il du mariage célébré devant les seuls témoins, ou le curé ? Le droit canon établit en effet que, s'il est impossible, sans de graves inconvénients, d'assurer la présence du curé, le mariage contracté devant les seuls témoins est valable ⁹⁷. Or la loi de 1929 parle du mariage célébré devant un ministre du culte catholique, et les inconvénients qui découlent du mariage célébré sans la présence du curé, en cas de mariage in extremis, surtout si l'un des époux vient à mourir, ne conseillent-ils pas une interprétation stricte de la loi ? Des frau-

(96) Can. 1094.

(97) Can. 1098; il admet la validité du mariage célébré sans l'assistance du prêtre, en cas de danger de mort, ou quand on peut prévoir que l'état de choses en raison duquel on ne peut avoir la présence du curé doit se prolonger un mois et plus.

des sont à redouter, car de faux témoins sont toujours faciles à recruter : attribuer les effets civils à un tel mariage serait dangereux.

Si les époux survivent et en donnant une large et loyale interprétation à l'article 5 : « qui reconnaît le mariage célébré selon les règles du droit canonique », on pourrait accorder à ce mariage les effets civils si ce n'était l'existence d'une formalité prévue à l'article 8; « le ministre du culte devant lequel est célébré le mariage, dit-il, doit expliquer aux époux les effets civils du mariage en leur donnant lecture des articles 130, 131, 132 du code civil ». L'instruction aux ordinaires précise que « cette lecture se fera à l'Eglise avant la messe si celle-ci doit avoir lieu ». Et de ces textes, il semble nettement résulter que cette formalité, copiée du rite de célébration civile, constitue une partie intégrante et essentielle de la forme juridique nécessaire pour qu'il y ait mariage valablement célébré et emportant effets civils.

Pour expliquer la nécessité d'une telle lecture, on ne peut évidemment invoquer sa valeur pratique : les époux, bien avant cet avertissement, savent les effets du mariage qu'ils contractent, et d'ailleurs, le législateur lui-même nous donne la preuve de l'inexistence de valeur intrinsèque de cette lecture : il permet en effet la transcription des mariages célébrés religieusement avant le concordat⁹⁸, or évidemment leur célébration n'avait pas été accompagnée

(98) Art. 21, loi 27 mai 1929.

de la lecture des trois articles. Ce serait alors une raison purement formelle, et il ne serait pas anormal d'ailleurs, que dans « un acte de caractère plus que solennel » ⁹⁹ le seul défaut d'un élément de cette nature put occasionner la nullité, élément d'une importance d'autant plus grande ici qu'il s'agit « d'imprimer le sceau de l'Etat à la cérémonie religieuse » ¹⁰⁰, « d'affirmer l'autorité de l'Etat sur ce mariage qui se déroule sous les auspices de l'Eglise et de l'Etat lui-même » ¹⁰¹.

Le concordat aurait donc créé un nouveau rite de célébration du mariage, le mariage canonico-civil, et cette lecture tendrait à intégrer dans le mariage ecclésiastique la forme juridique civile; elle serait « la symbolique évocation de l'autorité de la loi et de l'autorité de l'Etat dont la loi est une émanation et une expression essentielle » ¹⁰².

Cette formalité devrait donc être intimement unie à la célébration religieuse. Mais malgré les logiques raisonnements des partisans de cette opinion, il ne nous semble pas qu'on doive conclure avec une telle rigueur, et que le mariage célébré sans la lecture des trois articles ne puisse emporter les effets civils. Ce serait en effet déclarer au fond la nullité du mariage, tout au moins du point de vue civil; or, l'article 8 ne prononce aucune sanction contre le curé, et la doctrine dans son ensemble n'admet

(99) RAVA, *op. cit.*, p. 56.

(100) IEMOLO : la conversione del matrimonio senza effetti civili in matrimonio con effetti civili, p. 22/

(101) GRISOSTOMI MARINI, *op. cit.*, p. 95.

(102) GRISOSTOMI MARINI, *loc. cit.*

pas qu'il y ait de nullité sans texte. D'autre part, pourquoi, alors que le défaut de lecture des trois articles n'entraîne aucune conséquence dans le mariage civil, produirait-il dans le mariage une solution, si discordante, pleine d'inconvénients ? ¹⁰³. Ce serait en outre une singulière contradiction : on permettrait, d'une part, la transcription des mariages préconcordataires, et on interdirait d'autre part, à raison d'un défaut qui existe également chez les premiers, celle des mariages célébrés sous le contrôle de l'Etat, exercé par les publications à la maison communale.

Il faut de plus observer l'esprit général de la loi : le législateur a introduit en Italie le mariage canonique et non une prétendue forme de mariage canonico-civil exigeant pour sa validité une célébration comportant étroitement unis des éléments de forme canonique et de forme civile. La solution nous paraît donc être que si, pour une raison quelconque, la lecture des trois articles n'a pu avoir lieu dès après la célébration, les époux sont bien devenus conjoints à l'égard de la loi civile, et que cette formalité ajoutée à la célébration, non élément essentiel à sa validité, puisse avoir lieu quelque temps après le mariage afin de pouvoir procéder à sa transcription ¹⁰⁴. Cette vue plus large, plus loyale application

(103) Le but du législateur a été justement d'éviter ces inconvénients résultant avant le concordat, des mariages religieux qui à l'égard de l'Etat n'avaient aucune valeur juridique.

(104) Cf. dans ce sens : IEMOLO, *op. cit.*, p. 20 à 25 et *Giur. ital.* 1929. IV, 283. Contra, RAVA, *op. cit.* § 34; GRISOSTOMI MARINI, *op. cit.*, p. 94 à 98. Ces derniers admettant l'idée d'un mariage canonico-civil exigeant les formalités ecclésiastiques et civiles, ne

du Concordat qui parle sans distinction « du mariage célébré selon les règles du droit canonique » est aussi plus conforme à l'ordre des familles et à l'ordre social gravement troublé du fait d'unions que ne connaît pas la loi civile. C'est d'ailleurs dans ce sens que se prononce l'Instruction aux Ordinaires : « le mariage, dit-elle, célébré en présence des seuls témoins, suivant le canon 1098, sera notifié par le curé à l'officier de l'état civil à son retour dans sa paroisse; dans ce cas, il devra d'abord lire aux époux devant deux témoins les articles du code civil concernant leurs droits et devoirs ». Elle s'écarte donc de l'idée que cette formalité fit partie intégrante du mariage, se ralliant à notre conception que cette lecture est une formalité ajoutée, facilement réalisable après la célébration, donnant une interprétation moins rigoureuse aux termes « dès après la célébration » plus conforme à l'esprit de large conciliation qui animait le législateur ¹⁰⁵.

Il faut en dire autant du mariage célébré sans témoins; la lecture pourrait d'ailleurs ici avoir lieu, et l'article 5 parle du mariage célébré suivant les règles du droit canonique; de plus l'article 9 énumérant les énonciations nécessaires de l'acte de mariage, ne parle pas du nom des témoins.

Dès après la célébration du mariage, l'acte de mariage doit être dressé en double original. L'Ins-

peuvent accepter la validité d'un mariage célébré sans la lecture des trois articles; la lecture après coup ne pourrait le valider, car on ne peut parler « d'intégration successive de la forme juridique ».

(105) Art. 8, loi 27 mai 1929.

truction définit avec précision le rôle du curé : « Suivant le n° 24 ¹⁰⁶ dit-elle, le curé rédigera l'acte de mariage, en langue italienne et en double original, qui sera signé par les époux à moins qu'ils ne sachent ou ne puissent écrire, par les témoins qui devront être à même d'apposer à l'acte leur nom et prénom et par le curé lui-même. Un de ces actes sera rédigé sur le livre paroissial, et l'autre sur feuille volante pour l'état civil. Si le mariage est célébré en dehors de l'église paroissiale par un prêtre délégué, le célébrant en rédigera les deux actes originaux à remettre au curé, lequel, tandis qu'il en remettra un à l'officier de l'état civil, transcrira l'autre sur son livre paroissial... » (Num. 29).

L'acte de mariage contiendra les indications suivantes : 1) les nom et prénom, l'âge et la profession, le lieu de naissance, le domicile ou la résidence des époux, 2) les nom et prénom, le domicile ou la résidence de leurs père et mère, 3) la date des publications ou du décret de dispense ¹⁰⁷, 4) le lieu et la date de la célébration du mariage, 5) les nom et prénom du curé ou de qui autre a assisté pour lui à la célébration du mariage » ¹⁰⁸. Ce sont substantiellement les mêmes indications que pour les actes de mariage célébré devant l'officier de l'état civil, parce qu'il est nécessaire que les registres de mariage con-

(106) N° 24 : « le curé, qui auparavant aura rédigé les deux actes originaux de mariage, les signera et, en même temps, y fera apposer les autres signatures requises, ayant préparé ce qu'il faut dans ce but... ».

(107) Selon la circulaire n° 2232 et l'instruction aux Ordinaires il devra contenir en outre l'indication des publications civiles et de l'exécution de la lecture des articles du code civil.

(108) Art. 9, loi 27 mai 1929.

tiennent des indications identiques quelle que soit la forme du mariage qui y est enregistré »¹⁰⁹. Les catholiques jouissent donc de deux registres de l'état civil : les livres paroissiaux et les registres des bureaux de l'état civil¹¹⁰. Tous deux contiennent un exemplaire original de l'acte de mariage. Il nous paraît qu'à l'un comme à l'autre il faudra donner la même autorité; si donc, par hasard, l'un d'entre eux venait à disparaître, les catholiques ont la faveur d'avoir toujours la possibilité de fournir la preuve de leur mariage.

§ 3. — *La transcription.*

Les époux sont libres de choisir la forme de mariage qui leur convient ou que leur impose leur conviction religieuse; si la célébration a lieu à l'Eglise, le seul respect des règles canoniques assure, du jour de la célébration, la pleine validité de leur mariage à l'égard de l'Eglise. A l'égard de l'Etat ce mariage ne produit effet que s'il est transcrit sur les registres de l'état civil.

Le curé, après avoir rédigé en double l'acte de mariage, doit en transmettre un exemplaire à l'officier de l'état civil; c'est pour lui une grave obligation en raison des dommages qui peuvent résulter pour les époux, s'il différerait, au-delà des cinq jours prescrits, la transmission de l'acte à l'officier de l'état civil. La

(109) Rapport Rocco sur la loi de 1929.

(110) Selon le décret du 14 déc. 1865 inséré au projet à l'art. 520, tout officier de l'état civil doit tenir des registres des naissances, des publications de mariage, de mort.

transcription, en effet, « punctum saliens » de la nouvelle organisation, est absolument indispensable pour que du mariage religieux découlent les effets civils. Il n'en reste pas moins, il est vrai, qu'il est toujours licite aux parties de s'opposer à une telle formalité et comme par le passé de contracter devant l'Eglise un mariage que ne connaîtra pas l'Etat. C'est certainement aller contre l'esprit de la loi : elle a voulu donner plus de force à l'institution du mariage, mais aussi supprimer les inconvénients qui résultaient de ces unions valables au regard de l'Eglise et qui pour l'Etat n'étaient que des unions libres. Aussi en présence de ces inconvénients, l'Instruction aux ordinaires dispose que « les contractants ne peuvent régulièrement s'opposer à la notification du mariage... » tout en tolérant des cas exceptionnels (mariage d'un interdit, d'une personne déjà mariée civilement, de militaires et de tous ceux qui ne peuvent contracter mariage sans une autorisation civile spéciale ¹¹¹), mais elle recommande l'extrême prudence de sorte que l'on peut dire que tous les mariages célébrés selon les règles du droit canonique seront notifiées à fin de transcription à l'officier de l'état civil. Celui-ci doit en exécuter la transcription dans les 24 heures et en donner connaissance au curé dans les 24 heures suivantes (art. 10) ¹¹².

Cette transcription « n'est pas un simple enregis-

(111) Cf. Instruct. aux Ordinaires, n° 30.

(112) L'instruct. cit. prévoit le cas où l'officier de l'état civil ne donnerait pas communication de la réalisation de la transcription « le curé, en sollicitera la transmission et si le dit officier ne s'en acquitte pas encore, il déférera le cas à l'Ordinaire », n° 37.

trement probatoire, mais constitue l'acte essentiel pour l'attribution des effets civils puisque à défaut de cette transcription le mariage canonique demeurerait un acte purement religieux, et rien ne pourrait en prouver la célébration si la transcription n'avait pas lieu » ¹¹³.

Il ne s'agit donc plus d'une simple mesure de contrôle ou de publicité; c'est un élément essentiel tout différent de cette inscription obligatoire en cas de mariage contracté à l'étranger ¹¹⁴. Ce mariage, en effet, à défaut de cette inscription produit tous ses effets, et un nouveau mariage serait impossible sous peine de bigamie : le mariage religieux doit se soumettre aux formes exigées par la loi pour emporter effets civils. Il est évident dès lors que, pour pouvoir faire transcrire son mariage, il ne faut pas l'avoir contracté en contradiction avec la loi civile et il est des cas ¹¹⁵ justement où le mariage, régulièrement célébré au regard de l'Eglise, ne pourra être transcrit parce qu'il a méconnu des conditions établies par la loi.

L'Eglise ne connaît pas le mariage civil, et un époux déjà lié civilement pourra contracter un autre mariage religieux avec une autre personne. Ce sera sans doute très rare : il est vraisemblable qu'une opposition du premier conjoint apparaîtra ou que

(113) Rapport Rocco sur la loi de 1929,

(114) Art. 101, code civ., « le citoyen qui a contracté mariage dans un pays étranger doit, dans les 3 mois de son retour dans le royaume, le faire inscrire dans le registre de l'état civil de la commune où il aura fixé sa résidence sous peine d'une amende de 100 livres.

(115) Les 3 cas sont énumérés à l'art. 12, loi 27 mai 1929.

L'officier de l'état civil connaissant le premier mariage refusera la délivrance du certificat de « nihil obstat », devant cette opposition ou ce refus, le curé devra en référer à l'Ordinaire; celui-ci, selon toutes probabilités, devant les inconvénients d'une telle union, suspendra la célébration d'un mariage qui ne pourrait avoir les effets civils. Si des circonstances particulières l'incitaient à autoriser le mariage, l'Etat dans l'intérêt des familles qui seraient troublées par l'existence de deux mariages civilement valables d'une même personne refuserait la transcription.

Il est un cas peu différent, mais qui se rencontrera vraisemblablement plus souvent : des époux déjà liés par un mariage civil viennent à contracter le mariage religieux (ils agissent par exemple par scrupule de conscience); la transcription leur est également refusée, et très normalement « les effets civils dérivant déjà de celui-ci (mariage civil) la transcription du mariage religieux serait inutile »¹¹⁶. En cette hypothèse « bien que le mariage religieux ne puisse être transcrit... il sera également dénoncé à l'officier de l'état civil afin qu'il puisse en prendre note selon les instructions qui lui seront données par les autorités compétentes »¹¹⁷. Or ces instructions établissent que « les bureaux de l'état civil établissent un registre de caractère statistique et y annotent les dénonciations, qu'ils recevront des curés, relatives à la célébration du mariage religieux entre personnes déjà unies par un lien civil »¹¹⁸. Mais ce mariage n'en a

(116) Rapport Rocco, cit.

(117) Instruc. aux Ordinaires, n° 18.

(118) Circul. 3 sept. 1929, n° 2234; Boll. Uff; Min. della Giust., 5 sept. 1929, n. 30, p. 1796.

pas moins aucune valeur légale, et le registre ne peut être rangé parmi ceux de l'état civil proprement dit.

Le troisième cas d'inobservation de la loi civile est celui de l'interdiction; « ...l'Etat ne peut admettre la transcription d'un mariage contracté par qui a été interdit pour faiblesse d'esprit. L'interdiction prononcée par les tribunaux du Royaume enlève la capacité d'accomplir les actes juridiques et constitue une preuve entière de la démence à tous effets de droit. L'Etat ne peut reconnaître les effets civils à un mariage contracté par un interdit. Par cela on ne soustrait pas le mariage aux règles du droit canonique par qui il doit être réglé...; seulement puisque l'Etat ne peut méconnaître le jugement de ses autorités, il ne peut admettre que la capacité d'agir des citoyens soit réglée de façon différente et éventuellement contradictoire, on exclut que puisse produire effets un acte aussi important que le mariage contracté par qui est, selon les lois de l'Etat, incapable de tout acte juridique » ¹¹⁹. L'Ordinaire, saisi par le curé de l'opposition pour cause d'interdiction, pourra cependant permettre la célébration religieuse, il en a la pleine liberté ¹²⁰, mais il ne le fera certainement qu'avec circonspection, afin d'éviter une sorte de conflit entre la loi civile et la loi canonique.

(119) Rapport Rocco, cit.

(120) Cf. rapport cit. « On n'entend en aucune façon, limiter la pleine liberté des autorités ecclésiastiques de procéder au mariage religieux, lequel pourra même dans certaines circonstances être nécessaire afin de régulariser à l'égard de la religion des situations regrettables; mais en un tel cas le mariage restera un acte purement religieux privé de tout effet à l'égard de la loi civile ».

Dans ces trois cas, la transcription doit être effectuée si les époux, avant la célébration, ont eu le certificat de « nihil obstat », preuve officielle de l'exécution des publications, de l'inexistence d'empêchements, dont le but est précisément d'assurer aux époux que leur mariage sera transcrit. Or c'est là le cas normal puisqu'il est recommandé au curé avant la célébration de se procurer le certificat. Cependant il se peut que les parties aient procédé à la célébration sans se l'être procuré, soit par négligence, soit par suite du refus de l'officier de l'état civil; même alors leur mariage pourra être transcrit « sauf dans les cas suivants : 1° si une des personnes unies en mariage apparaît déjà liée par un autre mariage valable célébré en une forme quelconque; 2° si les personnes unies en mariage étaient déjà liées entre elles par un mariage valable... 3° si le mariage a été contracté par un interdit... » (art. 12, loi 1929). La transcription reste alors suspendue jusqu'au prononcé de la sentence du tribunal : les effets civils n'existent pas; sur la constitution de la famille plane une incertitude pleine d'inconvénients.

Il se peut encore qu'en violation du Concordat, les parties aient contracté mariage à l'Eglise sans effectuer les publications civiles ¹²¹. « Suivant une étroite rigueur on aurait pu établir, en conformité du Concor-

(121) Le cas le plus fréquent sera celui où les parties auront obtenu dispense des publications canoniques. En principe il faut demander la même dispense aux autorités civiles, mais dans « le cas où la dispense civile n'est pas accordée ou qu'on prévoit que l'expédition de l'affaire demandera un long délai, le curé après avis de l'Ordinaire peut procéder à la célébration du mariage », n° 13, instruct. aux Ordinaires.

dat, qu'il n'y a jamais lieu à transcription, c'est-à-dire qu'on ne reconnaît pas d'effets civils au mariage si les publications à la maison communale ont fait défaut... Seulement, d'un côté, la ferme intention de l'Etat de donner au Concordat conclu avec le Saint Siège la plus grande application possible, et de l'autre l'opportunité en une matière aussi délicate d'enlever toute incertitude sur la constitution des familles, ont induit à tempérer la rigueur d'une telle règle moyennant des dispositions qui permettent de guérir sur une vaste échelle ces irrégularités formelles... » ¹²².

Dans ce but, même si les publications ont fait défaut, la transcription n'est pas interdite, mais elle n'aura lieu qu'après un contrôle a posteriori qu'il n'existe aucune de ces causes qui se seraient opposées à la délivrance du certificat. « Dans ce but, l'officier de l'état civil, outre la demande des documents nécessaires et la réalisation des recherches qu'il jugera opportunes, affiche à la porte de la maison communale un avis de la célébration du mariage à transcrire avec l'indication des généralités, des époux, de la date, du lieu de célébration et du ministre du culte devant lequel elle s'est passée. L'avis restera affiché durant 10 jours consécutifs, durant lesquels peuvent s'opposer au mariage pour une des causes indiquées à l'article 12 ceux qui selon le code civil auraient pu faire opposition au mariage. L'opposition suspend la transcription et est réglée par les

(122) Rapport Rocco, cit.

articles 89 et suivants du code civil en tant qu'ils sont applicables » (art. 13, loi 1929). C'est donc un procédé différent du cas où il y a eu délivrance du certificat : ce n'est plus une action en nullité contre la transcription, mais une opposition postérieure à la célébration et antérieure à la transcription qu'elle suspend jusqu'au prononcé du jugement.

En dehors de ces cas de violation de la loi civile ou du Concordat, il se peut qu'une irrégularité de rédaction se soit glissée dans l'acte de mariage communiqué à l'officier de l'état civil. Refuser absolument la transcription serait trop rigoureux, aussi l'article déclare : « si l'acte de mariage n'a pas été transmis en original ou ne contient pas les indications prescrites, ou la mention de la lecture des articles 130, 131, 132 du code civil, l'officier de l'état civil suspend la transcription et renvoie l'acte pour sa régularisation ». Il pourra être facile au curé de réparer l'erreur; et même si véritablement il n'y a pas eu lecture des trois articles, soit par suite d'un oubli du curé, ou de son absence, ou du cas moins prévisible où il arriverait à mourir ou à perdre la parole après la célébration, il faut, comme nous l'avons dit ¹²³, devant l'esprit de conciliation du législateur et les multiples inconvénients de la solution contraire, considérer cette lecture comme un élément accessoire et ajouté à la célébration : elle pourra avoir lieu au retour du curé dans sa paroisse quand le mariage aura été célébré en son absence, et en tous cas, il paraît que cet ordre du législateur doit « souffrir la limite de la force majeure » ¹²⁴.

(123) Cf. *supra*, p. 125.

(124) IEMOLO, *Giur. ital.* 1929. IV. 279.

Ce n'est en effet qu'avec la transcription que le mariage religieux emportera effets civils. Sans doute, aux termes de la loi « du jour de la célébration, le mariage produit les mêmes effets que le mariage civil, et c'est du mariage que découlent les effets et non de la transcription, mais ces effets ne se vérifient que s'il y a transcription. Celle-ci effectuée, les effets se réalisent du jour du mariage quelle que soit la date à laquelle est opérée la transcription. Le délai normal est au maximum de 6 jours, le curé en effet, sous peine de graves responsabilités, doit notifier l'acte de mariage à l'officier de l'état civil dans les 5 jours et celui-ci dans les 24 heures doit en opérer la transcription.

Mais il se peut que, pour une cause quelconque, la transcription ait été omise; peut-être même volontairement : l'autorité ecclésiastique a reconnu la valeur des raisons invoquées par les époux, le mariage n'aura pas d'effets civils. Et, dans une application rigide du Concordat on aurait pu conclure qu'il ne pourrait jamais en avoir. Ce n'est pas ce qu'a décidé la loi : la transcription, dit-elle, de l'acte de mariage qui, pour quelle cause que ce soit a été omise, peut être demandée à toute époque par quiconque y a intérêt. Devant la volonté manifestée par les époux et ratifiée par l'Eglise que le mariage ne produise pas d'effets civils, il paraît difficile d'admettre, en raison d'un intérêt politique à ce qu'il existe le moins possible d'unions illégitimes, qu'un intérêt quelconque, pécuniaire par exemple, suffise à légitimer une demande de transcription qui s'apparente aux

actions d'état¹²⁵. Le respect des intentions des deux époux conseillerait la stricte interprétation de la loi et la limitation de la possibilité de demander la transcription aux membres de la famille.

Et cependant, après avoir été établi que « le mariage de conscience ne doit pas être notifié à la Commune » l'instruction aux Ordinaires déclare que « l'Ordinaire peut... notifier à l'officier de l'état civil au moyen du curé un tel mariage pour éviter le scandale ou un autre grave dommage »¹²⁶. Elle semble ainsi mettre à la base de la demande un intérêt public, et il n'est plus possible alors de refuser ce droit aux représentants officiels de cet intérêt, les Procureurs; et il sera impossible aux parties de contracter mariage avec la volonté qu'il ne soit pas transcrit.

L'article 14 dit d'autre part « la transcription... peut être demandée en tout temps... quand les conditions établies par la loi existaient au moment du mariage et n'ont pas disparu dans la suite... Si la transcription est requise après les 5 jours, elle ne préjudicie pas les droits légitimement acquis par les tiers ». Il était en effet possible que, dans l'intervalle entre la célébration et la transcription, des empêchements se soient produits : les deux époux mariés religieusement peuvent avoir contracté ensemble un mariage civil et la transcription serait inutile, ou l'un d'entre eux peut s'être lié civilement avec une autre personne, et l'Etat ne connaissant que ce mariage ne saurait tolérer la transcription d'un autre,

(125) Cf. dans ce sens, IEMOLO, *conversione del matrimonio...*, p. 12 à 15.

(126) Instruct. aux Ordinaires, num. 41 et 42.

car ce serait légaliser la bigamie. D'autre part si les effets civils remontent au jour de la célébration, il était du devoir de l'Etat de protéger les droits des tiers, ignorant l'état de mariage de la personne avec qui ils entretenaient des rapports : ainsi le contrat de mariage produira effet du jour du mariage, mais les droits acquis sur les biens dotaux en raison d'une aliénation, d'une constitution, d'hypothèque resteront inviolés, et dans le domaine des successions, le nombre et l'ordre des successibles devra resté inchangé comme si au moment de l'ouverture de la succession le mariage n'avait pas encore été célébré. En un mot tous les effets civils se produisent du jour de la célébration quelle que soit la date de la transcription, mais si elle a lieu en dehors des 5 jours prescrits, les droits acquis par les tiers doivent être pleinement sauvegardés ¹²⁷.

Les dispositions transitoires de la loi de 1929, admettent que même les mariages religieux contractés avant le Concordat peuvent avoir les effets civils, tout en tempérant cette faveur des limites nécessaires à l'intérêt social : « la transcription du mariage célébré devant un ministre du culte catholique antérieurement à l'entrée en vigueur de la présente loi, dit l'art. 21, peut être décidée par la Cour d'Appel sur recours des deux parties, par une ordonnance prononcée en chambre du conseil, après s'être assurée qu'au moment du mariage existaient les condi-

(127) L'intérêt de cette disposition est marquée par le rapport de Solmi « ce sera une nouvelle voie ouverte même pour la régularisation des rapports conjugaux restés imparfaits à l'égard de la loi civile; cité dans *Giur. ital.*, 1930. IV. 232.

tions requises par le code civil pour contracter mariage et que postérieurement ne se soit réalisée aucune des circonstances indiquées à l'article 12 » ¹²⁸.

« La transcription opérée, les effets se produisent du jour où elle a été réalisée » ; « les parties pourraient contracter un mariage civil, la loi veut leur en éviter la charge et l'ennui : par cette disposition, dit le Garde des Sceaux, on ne vient pas donner effet rétroactif aux nouvelles règles ni reconnaître, sans plus, effet civil aux mariages religieux célébrés antérieurement. La condition d'une manifestation de volonté des deux conjoints et la production des effets civils « ex nunc » démontrent que, en substance, la reconnaissance des effets civils aux mariages antérieurs est seulement substituée à la célébration du mariage civil auquel les parties pourraient toujours recourir » ¹²⁹. Il n'y a donc aucune assimilation des mariages préconcordataires aux mariages célébrés sous le régime du Concordat, « on a évité purement et simplement aux conjoints l'ennui et l'humiliation de la célébration d'un mariage civil » ¹³⁰.

§ 4. — *De la nullité et de la dissolution.*

Les rédacteurs du nouveau projet de code civil se sont efforcés, nous l'avons vu, d'atténuer les différences entre droit civil et droit canon afin d'éviter à l'intérieur du Royaume les inconvénients d'une trop nette dualité de législation. C'est qu'en effet « les causes concernant les nullités de mariage et la dis-

(128) Ces cas sont : le mariage civil des deux époux ensemble, ou d'un des époux avec une autre personne, ou l'interdiction.

(129) Rapport Rocco, cit.

(130) IEMOLO, *Conversione del matrimonio canonico...*, p. 18.

pense du mariage conclu et non consommé sont réservées à la compétence des tribunaux et ministères ecclésiastiques »¹³¹, leurs sentences produisent effets civils, c'est-à-dire que le mariage annulé par l'Eglise le sera également à l'égard de l'Etat. Ce n'est d'ailleurs pas le seul cas où le mariage viendra à être rompu car l'Eglise connaît des cas de dissolution et d'autre part la transcription peut elle aussi être entachée de nullité.

Soumettre à la législation et à la juridiction ecclésiastique les causes de nullité du mariage n'est que l'application du principe toujours affirmé par l'Eglise de sa compétence exclusive en matière matrimoniale¹³², en raison de la nature sacramentelle du mariage : l'Etat italien reconnaissant ce caractère sacramentel, il était de simple logique que ce fût au tribunal ecclésiastique et non à un juge civil d'apprécier la validité d'un sacrement. Mais malgré les réformes du code civil, réalisées ou prévues au projet, il n'en reste pas moins que la législation n'est pas entièrement conforme au droit canonique; elle connaît des empêchements inconnus du droit canon (interdiction, délai de veuvage, sans parler du consentement des parents, et des légères différences au point de vue de l'erreur sur les qualités) le droit canonique considère comme empêchements des circonstances indifférentes au droit civil. C'est tout d'abord le vœu simple, empêchement impédient qui

(131) Art. 34 du Concordat.

(132) Cf. par ex. can. 1960, « *causae matrimoniales inter baptizatos jure proprio et exclusivo ad indicem ecclesiasticum spectant* ».

peut disparaître avec la cessation du vœu, soit qu'il ait été soumis à condition ou terme, soit qu'il y en ait dispense. L'empêchement pour religion mixte s'oppose également au mariage et en cas de danger de perversion pour un époux n'est susceptible d'aucune dispense; il en est de même de l'indignité, car le mariage est un sacrement et nécessite l'état de grâce. Comme empêchement dirimant de pur droit canonique, on trouve la « disparitas cultus » généralement régie par les règles de la religion mixte¹³³, les ordres sacrés, dont la dispense, en principe, est réservée au Pape¹³⁴ de même que l'empêchement résultant de la profession solennelle¹³⁵. Le rapt est également un empêchement mais temporaire, il cesse dès la mise en liberté de la femme qui consent à se marier¹³⁶. Il faut enfin retenir la parenté spirituelle entre le ministre du baptême, le parrain, la marraine et le baptisé¹³⁷, de même que, pour raison d'honnêteté publique, il est interdit de se marier avec les proches parents d'une personne avec qui on a vécu en concubinat¹³⁸. D'autre part, le consentement qui opère le mariage est plus étroitement défini par le droit canon : il faut en effet la connaissance de ce qu'exige physiquement et moralement le mariage¹³⁹, et la simulation nettement envisagée peut être une cause fréquente de nullité¹⁴⁰. Ce n'est là

(133) Can. 1070.

(134) Can. 1072.

(135) Can. 1073.

(136) Can. 1074.

(137) Can. 1079.

(138) Can. 1078.

(139) Can. 1082.

(140) Can. 1086.

qu'une vue très sommaire de la législation canonique, elle était cependant nécessaire pour bien comprendre la portée et l'intérêt de l'admission dans l'Etat italien des sentences des juridictions ecclésiastiques en matière matrimoniale.

« Les mesures et sentences relatives à la nullité quand elles sont devenues définitives seront portées au Suprême Tribunal de la Signature qui contrôlera si ont été respectées les règles du droit canonique concernant la compétence du juge, la citation et la légitime représentation des parties »¹⁴¹. Ce contrôle dans une matière aussi délicate était la meilleure garantie : en première instance, sur demande des conjoints ou du « promotor justitiæ », la cause est portée devant l'Ordinaire, en seconde instance devant le Métropolitain, et enfin devant le tribunal du Saint-Siège¹⁴². Normalement pour que la sentence puisse être considérée comme définitive il faut une double sentence conforme sur le recours du « defensor vinculi » qui après la première sentence doit porter la cause au tribunal supérieur¹⁴³. Le Suprême Tribunal de la Signature examinera surtout pour en éviter les incertitudes le caractère définitif de la sentence non moins que les différents points soumis à son contrôle par le Concordat, et après son jugement, il est permis d'avoir la plus grande certitude sur la régularité du procès.

(141) Art. 34 du Concordat.

(142) Can. 1586, 1971, 1974, 1594; cependant les can. 1990-1992 admettent en certains cas, une procédure plus simple, dite administrative, quand, d'un document authentique, résulte l'existence d'un empêchement.

(143) Can. 1986. Mais en réalité la sentence n'a jamais force de chose jugée et sur présentation de nouveaux documents peut être à nouveau portée devant le tribunal : can. 1903, 1989.

Afin cependant que cette sentence produise effet à l'égard de l'Etat une autre formalité est exigée : « les dites mesures et sentences avec les décrets du Suprême Tribunal de la Signature seront transmises à la Cour d'Appel de l'Etat compétente qui par des ordonnances rendues en chambre du conseil les rendra exécutoires et en ordonnera l'annotation dans les registres de l'état civil en marge de l'acte de mariage » ¹⁴⁴. Les termes mêmes de l'article, dans leur imprécision, laissent des doutes sur le rôle exact que doit jouer la Cour d'Appel. Elle doit certainement s'assurer que la mesure émane d'une autorité ecclésiastique compétente et qu'elle est rédigée en due forme, qu'elle a pour objet un mariage canonique célébré en Italie ¹⁴⁵.

Il ne semble pas en tout cas que le jugement des tribunaux doive être apprécié comme les sentences étrangères et que l'appréciation de la Cour doive porter sur le fond du jugement. C'est d'ailleurs de façon très limitée que les cours d'appel apprécient le rôle qu'elles étaient appelées à jouer, leurs ordonnances deviennent presque une pure formalité conformément aussi à l'esprit de confiance qui a présidé à la conclusion du Concordat.

Ce même esprit se retrouve dans les dispositions transitoires de la loi de 1929, dont l'article 22 élargit la compétence des tribunaux ecclésiastiques : « dans le cas où a été prononcée ou est prononcée la nullité d'un mariage célébré devant un ministre du culte

(144) Art. 34 du Concordat.

(145) D'AMELIO. Att. parl. Leg. XXVIII. Camera. doc. n° 134, p. 196.

catholique avant la réalisation de la présente loi, la sentence produit son effet même au regard du mariage civil contracté entre les mêmes personnes quand... la cour d'appel s'est assurée que la nullité fut prononcée pour une cause admise également dans le code civil ». Mesure rétroactive vraiment inspirée de raisons de justice : « les règles données par cet article sont inspirées de la considération que beaucoup de ceux qui dans le passé contractèrent le mariage religieux et le mariage civil y furent poussés par le fait qu'aucun effet civil n'était attribué au mariage religieux. Ils se seraient probablement limités à célébrer ce dernier si les nouvelles règles concordataires avaient été en vigueur au moment de leur mariage. Pour cela il a paru juste d'assimiler, partiellement au moins, leur situation à celle des autres qui depuis aujourd'hui contracteront le seul mariage religieux avec la plénitude des effets civils et seront soumis aux règles du droit canonique en ce qui concerne les jugements de nullité... Cette assimilation est cependant faite avec quelques limitations. En ce qui concerne les jugements de nullité, l'assimilation se réduit à éviter l'ennui et la dépense de deux jugements avec l'éventuelle diversité de résultat à l'égard d'un rapport relatif à l'état des personnes, puisque l'efficacité de l'annulation à l'égard du mariage civil est seulement admise quand la nullité est prononcée pour une cause qui, selon la loi civile, aurait été également propre à en produire la nullité. C'est à la cour d'appel qu'est demandée telle vérification » ¹⁴⁶.

(146) Rapport Rocco, cit.

Dès lors si les parties ne recouraient pas à la cour d'appel, on verrait des mariages annulés au regard de l'Eglise et toujours en vie à l'égard de l'Etat. De plus le texte ne résoud pas la question de savoir si les tribunaux civils sont désormais incompétents pour juger de la nullité des mariages célébrés, avant le Concordat, selon le double rite civil et religieux, et la jurisprudence dans les nombreux cas qui se sont présentés n'est pas très cohérente ¹⁴⁷.

Le législateur en cas de mariage préconcordataire célébré civilement et religieusement donne à la sentence du tribunal ecclésiastique effet sur le mariage civil à condition que la cause de nullité fût prévue par la loi civile, sinon le mariage civil garde toute son efficacité comme au cas où les parties ne recouraient pas à la cour d'appel.

Il nous semble logique dès lors, puisque le législateur a prévu lui-même cette disparité de traitement des deux mariages, que si le mariage est annulé pour une cause propre au droit civil, le mariage canonique n'en est en rien affecté, et ceci implique la compétence des juges civils. Ce n'est que le cas inverse où un lien reste en vie d'un côté et tombe de l'autre : cet article 22 n'a d'ailleurs pas du tout démontré l'intention de l'Etat de rendre ses juges incompétents pour le seul fait qu'il y a eu double mariage. Sinon ce serait forcer tous les citoyens, même

(147) Pour l'incompétence de l'autorité judiciaire : trib. Rome 21 mai 1930, Riv. di dir. proces. civ. 1930, n. 3; App. Turin 13 mai 1930, Foro Subalp. 1930, 597, 1^{er} avril 1930. Monit. trib. 1930, 536, ou Giur. ital. 1930. I. 2. 384; pour la compétence : App. Rome 24 juill. 1930, Giur., ital. I. 2. 457; App. trieste 5 déc. 1929, Trib. Rome 2 déc. 1929, 28 mai 1930, Monit. trib. 1930, 345, 556.

ceux qui n'ont plus la foi catholique, à demander l'annulation de leur mariage au tribunal ecclésiastique dont ils ne veulent plus relever. On ne peut donc nous semble-t-il rejeter la compétence des tribunaux civils ¹⁴⁸, puisque l'annulation du mariage civil par la sentence canonique d'annulation du mariage religieux n'a été accordée que pour éviter l'ennui et la dépense de deux jugements ¹⁴⁹.

Pour les mariages contractés sous l'empire du Concordat, la condition nécessaire pour emporter les effets civils, c'est la transcription; à son défaut, le mariage reste inconnu de l'Etat; il le devient, quand elle est annulée ¹⁵⁰. La transcription peut en effet être attaquée parce qu'il existait déjà un mariage civil entre les parties ou l'une d'elles et une tierce personne, ou parce que l'un des époux était interdit, et malgré le silence de la loi sur ce point, en raison d'une inobservation des règles du Concordat. Cette annulation équivaudra à celle du mariage civil lui-même, et la loi renvoie aux dispositions du code civil sur cette matière.

Dans tous ces cas d'annulation soit par sentence du tribunal ecclésiastique, soit par suite de l'annulation de la transcription, les règles du mariage putatif sont applicables ¹⁵¹. La bonne foi s'appréciera au moment de la célébration et pour donner matière à l'application des règles du mariage putatif il faut

(148) Nous suivons l'avis du prof. IEMOLO, *Competenze dei tribunali civili nelle cause di annullamento dei matrimoni preconcordatari*.

(149) Cf. sur les difficultés d'application de la règle, 2 articles du *Messagero* : de Cogliolo le 30 déc. 1930, Capalti, 12 fév. 1931.

(150) Art. 16, loi 27 mai 1929.

(151) Art. 18, loi cit.

évidemment qu'il s'agisse d'un mariage transcrit, puisque sans la transcription on ne peut parler d'effets civils.

Tout en admettant de nombreux cas de nullité, l'Etat italien comme l'Eglise partent toujours du principe de l'indissolubilité du mariage, principe absolu pour l'Etat sauf peut-être le cas de dissolution pour mort présumée, principe qui tolère des exceptions en droit canonique. L'Eglise connaît en effet la dissolution de droit du mariage par vœu solennel, la dissolution par suite de non consommation, et cas spécial au mariage des infidèles, le privilège paulin. Or l'article 34 du Concordat dispose que la dispense du mariage non consommé est réservée à la compétence des tribunaux ecclésiastiques sans faire allusion à la disposition « ipso jure » pour vœu solennel : est-ce oubli, ou marque de défaveur pour les vœux, ou déduction de ce fait que la dissolution de droit ne permet pas la notification à la cour d'appel de la mesure prononçant la dissolution ? Les travaux préparatoires sont muets. Mais l'esprit général de la disposition concordataire qui n'a fait que prévoir le cas de dissolution le plus fréquent, les exigences de la pratique conseillent de donner une interprétation extensive à cet article¹⁵². D'autre part, si la dissolution « per votum solemne opère ipso jure » il faut cependant en contrôler les causes en un document officiel qui pourra être transmis à la cour d'appel.

Quoi qu'il en soit de la compréhension exacte de

(152) Cf. dans ce sens, GRISOSTOMI MARINI, *op. cit.*, p. 145, RAVA, *op. cit.*, p. § 70 ; contra IEMOLO, *Giur. ital.* 1929. IV. 281.

ce texte, la loi de 1929, au regard de la dissolution, a pris aussi en considération le cas des mariages célébrés avant le Concordat religieusement et civilement : « la dispense du mariage contracté et non consommé... produit sur la demande des deux parties la dissolution du mariage civil contracté entre les mêmes personnes avant l'entrée en vigueur de la présente loi » (art 22). Les raisons sont les mêmes que celles qui incitèrent à donner la solution identique pour les sentences d'annulation : « quoique cette institution (la dissolution pour non consommation) n'ait pas de correspondant dans notre code civil, on a cru toutefois possible de lui accorder effet, même à l'égard du mariage civil, eu égard au besoin d'éliminer la duplicité de situation juridique des personnes au regard du mariage et des rapports de famille » ¹⁵³.

La nécessité de la demande par les deux parties, sans doute source d'inconvénients, se justifie cependant par le désir de ne pas multiplier, sans attention, des cas de dissolution où se manifeste la diversité de législation civile et canonique au grand avantage des catholiques. Cependant étant donné la position de l'Italie à l'égard du divorce, les services excellents de la dissolution pour non consommation, la meilleure solution eut été de la généraliser pour tous les citoyens en admettant dans le projet de code civil cette institution « dissolvant de la façon la moins scandaleuse possible des mariages qui 90 fois pour 100 seraient nuls pour impuissance et ne pourraient donner un heureux résultat » ¹⁵⁴.

(153) Rapport Rocco, cit.

(154) IEMOLO, Giur. ital. 1930. IV. 237.

Le texte de l'article 22, d'ailleurs un peu laconique, laisse place à des difficultés : il suffit de penser au cas du mariage contracté civilement avant le Concordat, puis religieusement maintenant et non consommé; les époux obtiennent dispense du mariage canonique; si cette mesure a effet sur le mariage civil, la loi aura offert un moyen frauduleux d'obtenir le divorce. Le rapport du Garde des Sceaux ¹⁵⁵ fait certainement allusion au cas des deux mariages célébrés avant le Concordat, mais il est dommage que le texte de loi ne fut pas lui-même plus explicite.

L'Eglise connaît deux autres cas de dissolution dont l'un, le privilège paulin, peut faire difficulté; l'autre, en effet, la dissolution par mort présumée, également prévue par le code, pourra sans aucun doute être présenté à la cour d'appel et obtenir exécution civile. « Pour tout ce qui concerne le privilège paulin, les règles contenues dans le code de droit canonique restent sauves, et l'affaire, pour la transcription, sera déférée à la Secrétairerie d'Etat de Sa Sainteté par l'autorité ecclésiastique qui aura appliqué le dit privilège », affirmation tranchée de l'Instruction aux Ordinaires ¹⁵⁶, sans base dans le Concordat. Le privilège s'applique en effet au cas de mariage entre infidèles dont l'un vient à se convertir; il doit alors interpeller son conjoint pour savoir s'il veut se convertir ou tout au moins cohabiter, sans danger pour lui de péché mortel : en cas de réponse

(155) « La disposition de l'art. 22 trouve application dans le seul cas où les mariages civil et religieux ont tous deux été contractés avant la réalisation de la présente loi ».

(156) Instrucl. aux Ordinaires, num. 47.

négative il est autorisé à célébrer de nouvelles noces avec une personne catholique¹⁵⁷. Le silence du Concordat à cet égard n'est que normal, puisqu'il ne s'occupe que de la juridiction ecclésiastique sur les mariages célébrés devant le curé. Comment alors admettre qu'elle aurait compétence pour dissoudre un mariage survenu entre deux non catholiques, mariage civil ou contracté devant le ministre d'un autre culte. Ce serait par trop favoriser les fraudes et porter une sérieuse atteinte à l'indissolubilité du mariage : une fausse conversion permettrait à tout italien marié civilement de contracter avec le consentement de son conjoint un nouveau mariage valable, puisque la sentence aurait effet civil : ce serait une forme mitigée du divorce par consentement mutuel¹⁵⁸.

Connaissant la formation et la dissolution du lien matrimonial, l'Eglise a laissé sous la juridiction des tribunaux de l'Etat les cas de relâchement du lien : « quant aux causes de séparation personnelle, le Saint-Siège consent à ce qu'elles soient jugées par l'autorité judiciaire civile » (art. 34 Concordat) et « quand le jugement de nullité est en suspens devant les tribunaux ecclésiastiques la séparation temporaire des conjoints peut être demandée au tribunal civil... La demande peut être proposée par le ministère public si les deux conjoints ou l'un d'eux est mineur. La sentence de séparation, quand elle est passée en

(157) Can. 1015, 1120, 1121, 1122, 1123, 1124.

(158) Cet article d'ailleurs précise que les règles du code civil sur la séparation ne s'appliquent aux mariages célébrés devant un ministre du culte catholique que quand ils ont été transcrits.

force de chose jugée est communiquée à l'autorité ecclésiastique » (art. 19, loi 1929) ¹⁵⁹.

Mais une légère limitation est portée à la compétence des tribunaux civils, normale, puisqu'ils n'ont que par une permission spéciale, compétence sur les causes de séparation : « les sentences et mesures relatives à la séparation des conjoints, émises, pourvu qu'elles ne soient pas contraires à la loi divine ou ecclésiastique », et puisqu'il s'agit de conjoints catholiques « dans les causes de séparation en principe qu'on peut considérer comme injures graves l'apostasie d'un des conjoints ou le danger de perversion de l'autre ». Cette recommandation de l'Instruction aux Ordinaires ne peut être évidemment considérée comme une prescription aux juges civils qui ne doivent connaître que la loi de l'Etat; mais la recommandation est fondée puisque le code civil admet comme cause de séparation, les excès, sévices, injures graves, c'est-à-dire qu'il protège la personne du conjoint dans toutes ses qualités; et son caractère de catholique est une qualité qui doit comme toutes les autres, être protégée et d'autant plus que la religion catholique est religion d'Etat.

De toutes ces dispositions ressort l'originalité de la solution, si pleine d'inconvénients, du mariage religieux : l'Etat ne s'est pas remis comme dans les anciennes législations italiennes au droit canonique pour l'entière discipline du mariage, il n'a pas créé une sorte de législation canonico-civile, mais il attri-

(159) Dans ce sens : GRISOSTOMI MARINI, op. cit., p. 149; IEMOLO, Giur. ital. 1929. IV. 284.

bue au mariage canonique les mêmes effets qu'au mariage civil qu'il présuppose donc. Il reconnaît le caractère sacré et sacramentel du mariage, n'hésitant pas devant la reconnaissance des conséquences qu'entraînait l'admission de la religion catholique comme religion d'Etat : l'Eglise a toujours revendiqué sa compétence en matière de mariage et le Concordat n'est qu'une réalisation de la pensée de Pie IX, exprimée officiellement dans une lettre au roi de Sardaigne : « il n'y a qu'un moyen de conciliation ; que César garde ce qui est de son ressort et l'Eglise ce qui lui appartient. Que le pouvoir civil dispose des effets civils, mais qu'il laisse à l'Eglise le pouvoir d'en régler la validité entre chrétiens. Que la loi civile prenne pour point de départ la validité ou l'invalidité du mariage selon ce que l'Eglise aura décidé et partant de ce fait qui est en dehors de sa compétence qu'il dispose des effets civils » ¹⁶⁰.

Le fascisme qui veut redonner force au mariage a pris la meilleure méthode : mettre à sa base un principe qui influencera toute la vie conjugale. Nous ne doutons pas que des pensées politiques aient amené cet accord, il serait de mauvaise grâce d'y trop insister pour enlever toute valeur à la nouvelle législation. L'intérêt de l'ordre social a nécessité la création d'un contrôle de l'Etat, mais le mariage canonique même sans effets civils n'est plus sans importance dans le droit italien ; même sans effets civils, il existe puisqu'à la requête de tout intéressé il peut être transcrit et donc avoir effet civil même contre

(160) Lettre adressée par Pie IX, le 9 sept. 1852 ; citée dans Rothe, *Traité de droit naturel théorique et appliqué*. T. I, p. 525.

la volonté des époux; « le mariage canonique a pris pour lui-même, conformément au principe du Concordat, sa place dans le droit italien » ¹⁶¹ et l'influence de la législation ecclésiastique d'une importance certaine, surtout en Italie est devenue vraiment réelle dans la réforme du code civil, afin d'éviter une trop criante diversité de législation. Le Concordat en accord complet avec la tradition italienne, l'opinion de la majorité de la génération actuelle, réalise dans l'intérêt de l'Etat, de l'intérêt social, un véritable progrès juridique, un efficace renforcement de la société familiale.

SECTION III

LE MARIAGE CÉLÉBRÉ DEVANT LE MINISTRE D'UN CULTE ADMIS DANS L'ÉTAT

Par le Concordat, une place prépondérante est accordée à la religion catholique, mais la liberté de conscience que veut respecter le fascisme, laissant à tous le choix entre le mariage civil et le mariage religieux, devaient influencer les autres parties de la législation. L'Etat italien a sans doute une religion, la religion catholique, mais il eût été de mauvaise politique dans un programme d'intégration de toutes les forces vives de la nation de laisser vivre hors la loi ces cultes « tolérés » dont la force morale est incontestable. « Le défaut d'une discipline légale et géné-

(161) IEMOLO, *Conversazione del matrimonio canonico senza effetti civili in matrimonio con effetti civili*, p. 27.

rale, disait le Garde des Sceaux, correspond à la formule des régimes passés qui, sous forme de respect de toutes les libertés, cachaient parfois le désir d'éviter, plutôt que de résoudre des questions ennuyeuses. Différente est la conception qu'a le fascisme des fins et pouvoirs de l'Etat : il doit se rendre compte de tous les besoins de la population, non seulement matériels, mais moraux, pour les contrôler, les encadrer dans l'organisation juridique de la Société nationale. Parmi d'utiles besoins on ne peut méconnaître une énorme valeur éthique et sociale à ceux de l'esprit en matière religieuse, la religion étant partie importante de la formation morale des citoyens » ¹⁶².

Dans ce but, la loi du 24 juin 1929 permet aux institutions des différents cultes de s'ériger en personne morale sous le contrôle du Gouvernement qui, afin de mieux garder sous sa surveillance leurs agissements, exige que les nominations des ministres du culte lui soient notifiés, et la reconnaissance des actes faits par eux est subordonnée à l'approbation de leur nomination ¹⁶³. Parmi ces actes, le plus important est le mariage : toute religion donne au mariage un caractère sacré, le fascisme ne devait pas négliger un moyen dans la poursuite de la consolidation morale du lien matrimonial et « ceux qui entendant contracter mariage selon leur propre rite religieux devant le ministre du culte peuvent le faire même pour les effets civils quand il s'agit d'un culte

(162) Rapport Rocco : Att. parl. Leg. XXVIII; Camera, doc. n° 137.

(163) Gaz. uff. 16 juill. 1929, n. 164; la loi porte le n° 1819.

admis dans l'Etat » ¹⁶⁴. Mais une profonde différence sépare le mariage catholique de ce mariage : tandis que le premier est soumis pour sa formation et sa dissolution aux lois de l'Eglise, le second est entièrement réglé par le code civil, il y a simplement substitution du ministre du culte à l'officier de l'état civil.

Les époux qui désirent célébrer leur mariage devant le ministre de leur culte doivent le déclarer à l'officier de l'état civil : ce sera vraisemblablement avec la demande de publications. L'officier de l'état civil, conformément au code, accomplit les formalités préliminaires et après s'être assuré qu'aucun empêchement n'existe à la célébration du mariage « délivre une autorisation écrite avec l'indication du ministre du culte devant lequel la célébration doit avoir lieu et de la date de la mesure qui approuvait sa nomination » ¹⁶⁵. La délivrance de cette autorisation ¹⁶⁶ est assimilée, à l'égard de la responsabilité pénale de l'officier de l'état civil, à la célébration du mariage; il est sans doute possible d'étendre cette assimilation et d'admettre en faveur des époux les règles du code civil en cas de refus de la célébration ¹⁶⁷. Après l'obtention de l'autorisation, le ministre du culte remplacera dans la célébration l'of-

(164) Rapport Rocco, cit.

(165) Art. 8, loi 24 juin 1929.

(166) Il est intéressant de comparer cette autorisation au certificat délivré aux catholiques qui n'a aucunement le caractère permissif et n'est qu'un titre probatoire de l'inexistence d'empêchements.

(167) « L'Officier de l'état civil ne peut refuser la célébration du mariage sauf pour cause admise dans la loi... si les parties croient le refus injustifié, le tribunal statuera le ministère public entendu », art. 98.

ficier de l'état civil « il s'agit donc d'une sorte de délégation que l'officier de l'état civil fait au ministre du culte pour la célébration du mariage... » ¹⁶⁸.

Quoi qu'il en soit de la vérité de cette assertion ¹⁶⁹, la célébration sera réglée entièrement par le code civil : le ministre doit donner lecture des articles 130, 131, 132, du code civil et recevoir en présence de deux témoins la déclaration expresse des deux époux de se prendre pour mari et femme. L'acte de mariage rédigé immédiatement doit contenir, outre les indications indiquées par le code civil, le nom et le prénom du ministre du culte. Cet acte est transmis dans les 5 jours à l'officier de l'état civil pour la transcription, et la loi, à la différence de la réglementation de la transcription du mariage canonique, ne prévoit pas la transcription de ce mariage au delà de ce délai. De plus, au contraire du mariage canonique, où la transcription est toujours effectuée, même si les formalités préliminaires n'ont pas été observées, les époux qui contractent mariage selon le rite protestant ou juif sans les publications nécessaires, ou sans l'autorisation, font un acte absolument en dehors de l'organisation juridique de l'Etat et inexistant à son égard : il est impossible d'en faire découler les effets civils. Cette différence souligne fortement la nature du mariage catholique qui par lui-même a son existence dans le droit de l'Etat, à la différence du mariage célébré devant le ministre d'un autre culte qui n'a pas d'existence sans l'observation des formalités

(168) Rapport Rocco, cit.

(169) Cf. contre l'idée de délégation IEMOLO, Giur. ital. 1930. IV. 285.

analogues à celles imposées à tout mariage civil, dont il ne diffère d'ailleurs que par la personne qui reçoit le consentement. Il n'est pas douteux cependant comme on l'a dit excellemment que, « du point de vue du sentiment et de la morale familiale il ne peut échapper à personne la haute valeur idéale et la grande signification morale de la réunion et de la fusion en un seul acte célébré dans le temps et devant le ministre du culte de la solennité civile et de la solennité religieuse, comme pour exprimer l'harmonique unité du caractère civil et du caractère religieux de l'acte constitutif de la société familiale » ¹⁷⁰.

(170) GRISOSTOMI MARINI, *op. cit.*, p. 168.

CHAPITRE II.

LA FILIATION

C'est par la famille basée sur le mariage qu'est donnée la meilleure satisfaction aux nécessités sociales; elle est la meilleure école des vertus quotidiennes et aussi du respect; elle fait, en un mot, des sociétés. Association intime des époux, elle implique des devoirs : son but essentiel est de mettre au monde des enfants qui par l'effort commun, les soins continus des parents jouiront d'une forte formation tant physique que morale¹. C'est pour cette raison que la filiation légitime, c'est-à-dire dérivant d'une union régulière admise par la morale et la loi, peut constituer vraiment l'état de famille². Seule elle peut créer le lien de famille; l'enfant légitime, en effet, se trouve en même temps rattaché à tous les parents, il rentre dans la chaîne des générations qui forment la parenté familiale : pour cette raison la loi lui confère avec la plénitude des droits civils la plénitude des droits et obligations familiales.

Mais à côté de ces personnes dont la naissance est

(1) Cf. SIMONNET dans *Maintien et défense de la famille par le droit*, p. 80.

(2) DUSI : *della filiazione*, p. 129; GÉNY, *Maintien et défense de la famille par le droit*, p. 117 et s.

un sujet de joie, il s'en rencontre, et de plus en plus fréquemment d'autres, nées, en dehors du mariage, d'une union éphémère ou même durable, mais toujours illégale, qui se trouvent par le fait même de leur origine en dehors de la famille : ce sont les enfants naturels. Sans doute jouissent-ils actuellement de la plénitude des droits civils, mais ils sont exclus, en grande part, de la jouissance des droits familiaux : la procréation hors mariage est un fait immoral, contraire aux lois. Cependant, dans une conception mieux comprise d'humanité et de responsabilité, la rigueur à leur égard s'est atténuée. Ces enfants ne sont pas coupables, leur état ne dépend pas d'eux : il était du devoir de l'Etat de les protéger en maintenant toujours sauf, l'intérêt supérieur de la famille qu'il faut concilier avec ce sentiment d'humanité. Le désordre social, l'atteinte plus grave portée à la famille font que la plupart des législations traitent plus sévèrement les enfants nés d'un commerce adultérin ou incestueux.

Dans la réforme de son code civil, le législateur italien si préoccupé du développement physique et moral des nouvelles générations, nettement opposé à l'individualisme excessif qui imprègne le code Napoléon, s'est occupé spécialement des enfants naturels dont l'abandon était la condition la plus fréquente, sans toutefois se départir du principe de consolidation de la famille. Dans l'ordre d'exposition des textes concernant la filiation, il ne s'est pas écarté du code actuel : dans un même titre, s'attachant sans

doute à ce caractère commun qu'elles sont œuvre de la nature, il traite de la filiation légitime et de la filiation naturelle; il consacre toujours un titre spécial à la filiation civile, c'est-à-dire à l'adoption, mais c'est qu'à celle-ci il a donné un caractère et un but nouveau. Nous ne nous écarterons pas de ce plan.

SECTION I.

Les enfants légitimes.

Le mariage est l'unique source de la légitimité : seuls les enfants engendrés par un mari et son épouse jouissent de cette qualité; elle leur permet d'entrer avec plénitude de droits dans la famille et dans la société. Le rapport de filiation légitime ne suppose plus dès lors seulement le fait physiologique de la procréation, mais exige qu'elle ait eu lieu durant un mariage valable; c'est dire qu'il exige l'existence de 5 éléments : un mariage valable, la conception durant ce mariage, l'accouchement de la femme, l'identité de l'enfant avec celui dont la femme est accouchée, la paternité du mari. Le système de preuve de ces divers éléments n'a pas été substantiellement modifié, car, nous dit le rapporteur « les règles accueillies dans le code en vigueur sur la filiation légitime sont dans leur ensemble bonnes et dignes d'être conservées : elles sont inspirées

du principe de la protection due à la famille, réalisée moyennant les traditionnelles présomptions de légitimité et par un système d'actions qui tendent à attribuer ou à enlever l'état d'enfant légitime à l'enfant conçu durant ou en dehors du mariage »³. Outre les perfectionnements que le projet apporte cependant, il procède à une nouvelle distribution de la matière : dans une première division il rassemble les présomptions de légitimité et de paternité du mari; dans une première section sont étudiés les titres et preuves de la légitimité et enfin une deuxième section réunit l'ensemble du système d'actions destinées à réclamer ou à contester la légitimité. Dans notre étude, nous étudierons, dans un ordre plus conforme aux réalités, les preuves de la filiation maternelle, puis les preuves de la légitimité et de la paternité du mari et dans un second point nous donnerons un regard au système nouveau des actions d'état.

§ 1. — *Moyens de confirmation du rapport de filiation légitime.*

L'acte de naissance reste toujours la preuve principale de la filiation légitime; c'est la formule reprise malgré ses imperfections par le projet : « la filiation légitime se prouve par l'acte de naissance... », pas exactement puisqu'il n'est que le titre d'où résulte l'accouchement de la femme, titre constatant de façon authentique un fait dont l'importance requiert

(3) Rapport du prof. DE RUGGIERO, p. 120.

ce moyen de preuve particulier. Dans l'état normal cependant il est vraiment permis de dire, le plus souvent, que l'acte de naissance, à lui seul, suffit à prouver le rapport de filiation légitime. A défaut de ce titre la possession d'état, ensemble d'éléments de fait, sorte de reconnaissance universelle de la société et de la famille, est le moyen de preuve suffisant, moyen de preuve complet car avec l'accouchement de la mère, il prouve l'identité de l'enfant. Cette présomption favorable à la légitimité, le projet la maintient telle quelle et avec elle le principe législatif, si salulaire, destiné à défendre la tranquillité des familles : en cas de conformité de l'acte de naissance et de la possession d'état, la filiation légitime est inattaquable (265). Cependant une exception suit aussitôt pour le cas de substitution ou de supposition d'enfants : « l'enfant peut réclamer un état différent; et tout intéressé peut contester la légitimité de l'enfant... » dit l'article 266, afin d'éliminer toute incertitude sur la portée de l'exception en l'appliquant formellement même au cas de contestation d'état, contrairement au code civil actuel. « Il n'y avait pas en effet de motifs raisonnables de maintenir l'exception limitée à l'action en réclamation d'état : quand on est en présence d'une substitution ou d'une supposition, ce n'est pas seulement l'intérêt de l'enfant qui est en jeu... et l'on ne voit pas pourquoi un tiers pourvu qu'il y ait intérêt, ne doit pas pouvoir attaquer la légitimité de l'enfant, même si elle découle du double titre de l'acte de naissance et

de la possession d'état... la mère elle-même doit pouvoir le faire en contestant d'avoir mis au monde cet enfant qui a été déclaré comme sien et puis traité par le père comme enfant légitime » ⁴.

Cette large exception évite sans doute que la famille ne s'accroisse d'éléments qui lui sont étrangers, mais s'il est utile que la vérité soit connue, n'est-il pas dangereux de permettre à des tiers d'intervenir d'une manière aussi désastreuse à l'intérieur des familles dont l'ordre, quelle que soit l'issue du procès, ne pourra être que bouleversé par un tel scandale. « Le principe ne devrait pas se retourner contre l'enfant en faveur duquel il a été admis » disait-on en 1865 ⁵; pourquoi se départir de cette idée, du but que le législateur s'était lui-même fixé : la défense de la famille, pour ouvrir une brèche dans une règle tutélaire ? Pourquoi donner accès à de scandaleuses recherches de la vérité en revenant à la règle, contestable en la matière : « *utilius scandalum nasci permititur quam veritas relinquatur* ».

En supposant la filiation maternelle connue ⁶, il reste à établir la légitimité de l'enfant c'est-à-dire sa conception en mariage et la paternité du mari. Ces deux faits, secrets, n'admettent pas la preuve directe et le projet s'en est tenu comme au moyen le plus sûr au système des présomptions : « le mari est le père de l'enfant conçu durant le mariage » (art. 257), « on

(4) Rapport cit., p. 132.

(5) Rapport du Sénat sur le code civil de 1865. GIANZANA, codice civile, I, p. 209.

(6) L'accouchement de la mère et l'identité de l'enfant sont établis.

présume conçu durant le mariage l'enfant né, non avant 180 jours à compter de la célébration, ni après 300 jours de sa dissolution ou de son annulation » (art. 258). Tandis que la première de ces présomptions, établissant la paternité, admet la preuve contraire, la seconde prouvant la légitimité est absolue et le projet, malgré l'exemple du droit allemand⁷ et certaines attestations médicales, n'a pas voulu déroger au concept traditionnel. Et même afin d'enlever toute incertitude sur le point de départ et le point d'arrivée des délais de 180 et de 300 jours, le législateur définit strictement la période légale de conception : elle sera constituée par 120 jours entiers (art. 258, al. 2). La loi n'admet donc plus comme légitime la conception réalisée le cent quatre-vingtième jour avant la naissance : rien n'exigeait cette stricte conception du délai et la faveur pour la légitimité aurait dû porter le législateur à suivre l'opinion de la majeure partie de la doctrine⁸.

Quelle est la situation de l'enfant né en dehors de ces délais ? le projet lui fait une situation plus favorable. Selon le code actuel en effet, l'enfant né pendant le mariage, mais avant l'écoulement des 180 jours est légitime, mais le père peut le désavouer. Le projet maintient la légitimité à l'enfant, et il précise sa condition juridique à l'intérieur de la famille ; s'écartant de l'idée de présomption de légitimation, source d'inconvénients pour l'enfant⁹, il déclare que

(7) Code civil, § 1592.

(8) Dusi, op. cit., p. 177.

(9) Si le père par exemple était, avant le mariage, marié avec une autre femme l'enfant a été conçu en adultère et au cas où

« si l'enfant est né avant que ne se soient écoulés 180 jours de la célébration du mariage, il est réputé légitime » (art. 259) ¹⁰.

Décision plus conforme à la réalité des faits, à la raison même de l'article basé sur l'idée que celui qui conduit à l'autel son épouse enceinte, le fait, le plus souvent, parce qu'il s'en reconnaît l'auteur, qu'il veut réparer une faute, sauver l'honneur de la femme et régulariser la condition de l'enfant qui va naître. Il était cependant impossible dans l'intérêt si respectable qu'il soit de la légitimité, d'imposer au père une descendance dont il ne se reconnaît pas l'auteur : comme le code actuel, le projet lui donne ainsi qu'à ses héritiers la possibilité du désaveu. Il n'aura aucune preuve d'impossibilité physique ou matérielle à faire, il gagne son procès « avec le calendrier » ¹¹. Cette action lui est enlevée dans deux cas : tout d'abord « quand il a eu connaissance de la grossesse avant le mariage, ou ait eu avant celui-ci des rapports avec la femme à une époque correspondante à celle de la conception » modification vraiment utile destinée à favoriser la cause de la légitimité, à éviter une iniquité : le code actuel en effet ne prévoit que le cas de reconnaissance par le mari de la grossesse de la femme qu'il

le père ne le désavouerait pas, les autres intéressés pourraient en faire constater le caractère adultérin.

(10) Il est intéressant de comparer la formule du projet à celle du code en vigueur « si l'enfant est né avant que soient écoulés cent quatre-vingt jours après le mariage, le mari et après sa mort les héritiers ne pourront pas méconnaître la paternité dans les cas suivants... ».

(11) Dusi, op. cit., p. 201.

épouse : or il se peut que le mari tout en ayant eu avant le mariage des relations avec cette femme en ignore la grossesse ou qu'il soit impossible de prouver qu'il la connaissait, et malgré les probabilités du contraire, il lui est permis de dénier sa paternité. Il était préférable, malgré le peu de fréquence de ces désaveux, affronts pour le mari, de lui enlever, dans l'intérêt de l'honneur de la femme et de l'Etat soucieux de la légitimité des enfants, la possibilité d'une lâcheté. Il ne pourra pas non plus, conformément d'ailleurs au code désavouer l'enfant « quand il résulte de l'acte de naissance que le mari y a assisté personnellement ou par le moyen d'une autre personne spécialement autorisée par lui par écrit ». On ne comprend pas dès lors devant ce cas de reconnaissance tacite de paternité que le projet n'admette pas une déclaration explicite de paternité qui viendrait, à l'égard de tous, certifier la condition de l'enfant. C'est en harmonie avec ses premières dispositions que le projet a supprimé un cas d'interdiction d'agir en désaveu : « quand l'enfant n'est pas né viable » dit le code. Basé sur le défaut d'intérêt à agir, ce cas ne devait plus subsister puisque le projet ne considère « plus la condition de vitalité comme nécessaire pour l'existence de la personne » ¹².

La situation opposée, mais parallèle, de l'enfant né plus de 300 jours après la dissolution du mariage, amena le législateur italien à la rapprocher dans le

(12) Rapport cit., art. 1 du projet « l'homme est sujet de droits de la naissance jusqu'à la mort ».

texte de celle de l'enfant né avant l'écoulement des 180 jours : l'article 260 qui s'y rapporte précise sa situation : « A l'enfant né plus de 300 jours après la dissolution ou annulation du mariage et qui est en possession d'état d'enfant légitime, on devra reconnaître la légitimité jusqu'à ce qu'intervienne une sentence qui accueille l'action de quiconque y a intérêt ».

C'est mettre fin à des controverses doctrinales nées de l'imprécision du code civil¹³ : selon les uns en effet cet enfant était de plein droit illégitime, d'autres parlaient de présomption d'illégitimité confirmée par l'action en contestation de légitimité, d'autres enfin de légitimité parce que l'enfant se trouve en possession d'état d'enfant légitime¹⁴; l'intérêt de l'enfant nécessitait l'exclusion de ces doutes dans une question d'autant plus importante qu'aucune disposition n'interdit à la veuve de déclarer comme enfant du défunt celui qu'elle a mis au monde 1 an ou 2 après¹⁵. Logiquement l'enfant devrait être illégitime, mais par l'acte de naissance qui le fait passer pour enfant du mari, il acquiert la possession d'état d'enfant légitime, il serait inhumain de la lui enlever si aucun intéressé ne fait va-

(13) Art. 169 « la légitimité de l'enfant né après 300 jours de la dissolution du mariage peut être contestée par tout intéressé ».

(14) Dusi, op. cit., p. 247, 248.

(15) Le projet ne parle pas du cas où la veuve venant à se remarier avant l'expiration du délai de veuvage, met au monde un enfant avant l'écoulement des 300 jours depuis la dissolution du premier mariage et 180 jours après la célébration du second, seule donc la sagesse du juge pourra trancher ce cas de conflit des deux présomptions de maximum et de minimum de la gestation.

loir l'impossibilité d'un tel état. Cette solution formelle manifeste, sans aucun doute, une tendance fortement accentuée en faveur de la légitimité; il est simplement à redouter ici des excès dont le bon sens ne pourrait qu'être choqué.

L'attribution de l'action à tout intéressé et l'absence de conditions à son exercice s'explique évidemment par le fait que l'enfant n'a que l'apparence de la légitimité, n'a certainement pas été conçu en mariage. Toute autre est la situation de l'enfant conçu durant le mariage, protégé par la valeur absolue de la présomption de paternité. L'intérêt des familles à ce qu'un adultère ne soit pas révélé, celui de l'enfant à ne pas être exclu de la famille dont il fait partie sont en jeu; il faut les concilier avec l'intérêt du père qui se voit attribuer la paternité en vertu d'une présomption fausse. Il mérite autant d'attention que celui de l'enfant, mais le danger de scandales inutilement jetés dans les familles a incité le législateur à tenir strictement limitée, pour le père, la faculté de désavouer son enfant. Le code actuel semblait certainement n'accorder l'action qu'au père, et la refuser à la femme; néanmoins il est des cas où la femme par exemple abandonnée de son mari, a des relations avec d'autres et en ait un enfant : le vrai père peut désirer reconnaître sa paternité et une déclaration d'adultère de la femme attaquant la paternité du mari le lui permettrait. Malgré le caractère respectable de cet intérêt individuel, les rédacteurs ont voulu exclure formellement la possibilité d'une telle

déclaration, « absolument irrecevable pour sa turpitude, dit le rapporteur, en tant qu'elle vise à enlever à l'enfant cette légitimité que le mari de la femme lui laisse acquérir par un sentiment de pitié le plus souvent pour ne pas se lancer lui et sa famille dans le scandale d'un procès en désaveu » ¹⁶; aussi « en aucun cas la mère ne peut attaquer la paternité du mari » (art. 261).

Seul donc, et formellement, « le mari peut désavouer l'enfant conçu durant le mariage ». Or on présume conçu durant le mariage l'enfant né dans les 179 jours du mariage : sa situation est sans doute moins stable puisqu'il suffit d'invoquer deux dates pour faire tomber sa légitimité, et cependant, malgré qu'eût suffi une simple déclaration contraire du mari, il n'a pas paru prudent aux rédacteurs d'exclure la nécessité d'un jugement « en raison du contrôle des deux dates qu'on doit toujours laisser au magistrat et de la plus grande certitude que donnera la sentence sur l'état définitif de l'enfant » ¹⁷.

Même dans ce cas donc, le mari ne pourra désavouer l'enfant que « 1° s'il prouve que du trois centième au cent quatre-vingtième jour avant la naissance il était dans l'impossibilité de cohabiter avec sa femme pour cause d'éloignement ou autre fait; 2°, s'il prouve que durant ce temps il était frappé d'impuissance absolue ou relative; 3°, si, durant la même période, il vivait légalement séparé de sa femme... sauf s'il y a eu

(16) Rapport cit., p. 127.

(17) Cf. rapport cit., p. 127.

réunion même seulement temporaire des conjoints; 4°, si la femme a commis un adultère dans cette période et a tenu caché au mari sa grossesse et la naissance de l'enfant. Le seul aveu de la mère ne suffit pas à exclure la paternité » (art. 262) ¹⁸.

§ 2. — *Des actions en contestation ou en réclamation de légitimité.*

Sous ce titre sont rassemblées dans le projet l'ensemble des actions relatives à la filiation légitime. Le législateur a mis un grand soin à préciser sa pensée dans l'exposé de la situation de l'enfant légitime, il se devait pour être logique d'accorder une attention spéciale au système des actions d'état.

Les rédacteurs, outre une meilleure coordination des actions, ont pourvu à leur simplification. La doctrine, en effet, se basant sur le code actuel, avait établi un système d'actions relatives à la légitimité ¹⁹. L'état d'enfant légitime se réclame ou se conteste, et, l'on distinguait d'une part l'action en réclamation d'état de l'enfant légitime contre ses parents, d'autre part les multiples actions en contestation d'état : l'action en désaveu concédée au mari pour combattre la présomption de paternité, l'action de simple

(18) Cet article remplace les arts 162 à 165 du code civil qu'il modifie peu : conformément à la nature de l'action du père il substitue à la formule du code « peut refuser de reconnaître » celle que nous avons vu « peut désavouer », précise la possibilité d'agir en cas d'impuissance et supprime en cas d'adultère la nécessité comme dans le code de prouver outre l'adultère et le recel « tous autres faits tendant à exclure sa paternité.

(19) Cf. Dusi, p. 90 et s.

refus de la paternité destinée à désavouer l'enfant né durant le mariage mais conçu auparavant, l'action en contestation de la légitimité qui permet d'attaquer les deux éléments spécifiques de la légitimité c'est-à-dire l'existence d'un mariage et la conception en mariage, l'action en contestation de l'état d'enfant légitime destinée à attaquer l'état déjà acquis de légitimité en niant l'accouchement de la femme ou l'identité de l'enfant.

Ce système est réduit à trois actions : l'action en réclamation d'état, l'action en désaveu, l'action en contestation de la légitimité.

L'action en désaveu, en tant qu'elle vise à exclure de la famille un sang étranger introduit par l'infidélité de la femme « appartient exclusivement au mari » (art. 271); le projet après avoir déjà exclu toute valeur à une déclaration de la femme tient à le redire expressément; et la brièveté des délais maintenue dans sa rigueur appartient à cette tendance déjà manifestée en faveur de la famille légitime. Le mari en effet doit agir soit dans les 2 mois de la naissance, soit dans les trois mois après son retour au domicile familial, ou après la découverte de la fraude en cas de recel de la naissance (art. 271). Cependant, dans l'intérêt du père, et pour éviter de faciliter à la femme l'introduction, dans la maison conjugale du fruit de son adultère, en profitant de l'incapacité mentale de son mari, le projet a prévu le cas d'interdiction du mari. Le tuteur dans ce cas est normalement la femme, c'est-à-dire la personne

la plus intéressée à attribuer au père un enfant qui n'est pas à lui, et d'ailleurs même si le tuteur était une personne étrangère, il ne semblait pas qu'on dût lui accorder l'exercice d'une action de caractère si personnel et qui engage l'honneur du mari. Aussi, dit le projet « si le mari se trouve en état d'interdiction pour faiblesse d'esprit, l'échéance des délais indiqués, dans l'article précédent est suspendue tant que dure l'interdiction. Au cas de l'interdit est assimilé le cas de celui qui est si gravement aliéné qu'on en pourrait déclarer l'interdiction » (art. 272).

Quant à la transmission de l'action aux héritiers, « le code civil ²⁰ admet que l'action en désaveu si elle n'a pas été exercée par le père passe, à sa mort, aux héritiers, à la condition que sa mort soit survenue quand le délai n'était pas encore expiré. Et il donne aux héritiers le droit d'intenter l'action dans les deux mois de l'époque où l'enfant est entré en possession des biens du défunt ou du moment où ils auraient été troublés dans cette possession » ²¹. Cette prise de possession ou ce trouble considérés comme une condition à l'exercice de l'action, il se pouvait que la situation restât longtemps incertaine, car « une revendication des choses héréditaires qu'il intente 20 ou 30 ans après la mort du père, peut provoquer ce jugement de désaveu qui était resté tant d'années à l'état de menace.

(20) Art. 167 : « Si le mari meurt sans avoir exercé l'action mais avant que se soit écoulé le délai utile, ses héritiers auront deux mois pour attaquer la légitimité, à compter du moment où il sera entré en possession des biens du défunt ou du moment où les héritiers auront été troublés par lui en une telle possession ».

(21) Rapport cit., p. 135.

Un autre côté critiquable de la disposition est de faire dépendre la légitimité ou l'illégitimité de l'enfant, uniquement d'intérêts patrimoniaux, tandis qu'il est facile à comprendre que de graves intérêts moraux et familiaux peuvent exister, qui poussent les descendants ou ascendants du défunt à exercer ce désaveu que leur auteur n'avait peut-être pas commencé à temps : le code parle seulement d'héritiers, mais il peut y avoir des descendants ou des ascendants qui ne sont pas héritiers, et l'on ne doit pas fermer, à ceux qui représentent et défendent les intérêts familiaux, l'accès à la contestation de la paternité » ²².

L'attribution aux héritiers en général d'une action qu'en principe le père peut seul exercer, aurait été en contradiction avec ces idées, aussi le projet décide que « si le mari meurt sans avoir exercé l'action, mais avant que soit écoulé le délai utile, ses descendants ou ascendants, à qui pourrait survenir un préjudice matériel ou moral, sont admis à contester la légitimité de l'enfant, mais doivent intenter l'action dans les trois mois de la mort du mari, ou de la naissance de l'enfant, s'il s'agit d'un enfant posthume » (art. 273).

L'action en contestation de la légitimité ne subit de modifications que pour recevoir l'ampleur nécessaire : désormais en effet elle servira à nier « ou le mariage, ou l'accouchement, ou l'identité de l'enfant », c'est-à-dire qu'elle renferme l'action de contestation d'état d'enfant légitime que prévoit le code.

(22) Rapport cit., p. 135.

Tout intéressé peut toujours agir, mais dans l'intérêt de la famille et dans un souci de logique, le projet dispose que les père et mère ou le survivant d'entre eux doivent être entendus au procès.

L'action en réclamation d'état s'est vu préciser son caractère personnel et moral, par la confirmation de son attribution à l'enfant, et l'exclusion au contraire des héritiers après la mort de l'enfant : seuls ses enfants légitimes pourront l'exercer. D'autre part l'unité familiale, l'intégrité, sont en jeu, et « si l'action est intentée contre un seul des parents, l'autre doit être appelé en cause s'il est encore vivant » (art. 276).

On peut en somme dire que malgré des écarts de détails, telle la possibilité ouverte à tout intéressé en cas de suppression d'état, l'ensemble de ces dispositions sans apporter de graves modifications au code civil fait apparaître dans des formules plus précises l'attachement du législateur à maintenir la légitimité de l'enfant, à restreindre le plus possible au cercle de famille l'exercice d'actions de caractère hautement moral.

SECTION II

Les enfants naturels. La légitimation.

Dès l'apparition du code civil, les défauts en étaient reconnus surtout en une matière qui n'est plus seulement un problème juridique, mais présente un inté-

rêt public et une importance sociale considérable²³. Le système du code en effet, en réaction contre les abus de la pratique antérieure qui admettait la libre recherche de la paternité, ne résistait plus à la force des raisons contraires opposées par les sociologues; l'urgence était grande de répudier des principes qui n'étaient pas traditionnellement italiens, mais apportés par les coutumes françaises²⁴. On voulait éviter le scandale par cette prohibition de toute recherche de la paternité, ce refus de toute reconnaissance des enfants adultérins et incestueux; l'intention était louable, sa manifestation rigoureuse donnait à la famille une moralité apparente « de pur vernis »²⁵, favorisait l'égoïsme de l'homme, lui permettait, au mépris de toute justice, de se libérer de toute responsabilité, en la rejetant sur la femme, favorisait l'abandon des enfants au grand dommage de la société. Législation retardataire contraire aux intérêts de l'Etat, aux traditions de la population, elle ne remplissait pas une de ses principales fonctions : assurer aux membres de la Société la certitude et la sécurité de leur état.

Les nécessités de l'après-guerre avaient déjà amené une réforme partielle²⁶; l'arrivée du Gouvernement fasciste, les idées qu'il professait, devaient fatalement amener une révision complète de la législation

(23) Rapport du député Rossi sur le projet de loi Oviglio : Att. parl. Cam. doc. n. 2013 A. Leg. XXVI, sess. 1921-1923.

(24) Rapport du député Rossi, loc. cit.

(25) Dusi, della filiazione, p. 839.

(26) La loi du 18 juill. 1917, n. 1149, admet en vue de l'assistance la recherche de la paternité en faveur des orphelins de guerre.

des enfants naturels. Energiquement nationaliste en tous les domaines, il ne pouvait tolérer une législation dépourvue d'originalité, en retard sur toutes les législations européennes; il ne pouvait non plus accepter dans la plus grande Italie qu'il veut unifiée, tout au moins dans la législation, une diversité quelconque : or les provinces annexées, autrefois autrichiennes avaient, pour les enfants naturels une législation bien plus large, il ne pouvait être question de lui substituer la sévérité du code italien. A ce propos, lors du premier projet de loi donnant faculté au Gouvernement de modifier les codes, les commissions insistèrent fortement sur l'urgence d'une réforme²⁷.

Déjà la reconnaissance de l'efficacité civile du mariage religieux avait enlevé une des causes de l'illégitimité des enfants et la plus contraire à la conscience générale; la création de l'Opéra national pour la protection de la maternité et de l'enfance, tendait non seulement à combattre la mortalité infantile, mais aussi à inciter fortement les parents à reconnaître leurs enfants et à les légitimer. La législation civile seule restait en retard, malgré l'exemple de l'étranger, malgré les nombreux projets de réforme et l'insistance de la doctrine²⁸, malgré des sentiments désormais mieux compris d'humanité et d'intérêt social.

Dans cette œuvre de réforme, il faut concilier le

(27) Cf. projet SORANI, Att. parl. 1900-1901, doc. n. 726; projet ZANARDELLI et COCCO-ORTU, Att. parl. 1902, doc. n. 306.

(28) Cf. pour la doctrine DUSI, della filiazione; STOLFI, Diritto civile, t. V; ASCOLI dans les transformations du droit dans les principaux pays depuis 50 ans : l'évolution du droit privé en Italie, p. 216.

principe rationnel de l'intégrité familiale, nécessité sociale, et l'idée sentimentale d'humanité et d'égalité. Ces idées sont à la base de la réforme actuelle du code civil selon les termes du rapporteur : « la commission, dit-il, retient l'obligation de se garder de blesser par un excès de pitié et de sentimentalité la sainteté du lien conjugal, d'ébranler l'intégrité et la solidité de l'édifice de la famille légitime base de l'ordre moral et économique de la société italienne. Il est, lui semble-t-il, du plus haut intérêt privé et social que la loi civile prête les moyens susceptibles de diminuer la masse des enfants nés de pères inconnus, et attribue aux innocentes victimes des fautes d'autrui une condition juridique qui ne soit pas en désaccord avec les rapports de sang ni avec la morale ou la justice » ²⁹.

C'est bien là le rôle de la législation : elle doit donner à chacun les moyens de s'assurer de son état civil, faire régner plus de moralité dans les rapports civils; principes bien conformes à la doctrine du fascisme, adversaire de l'individualisme et de l'esprit de jouissance. Suivant ces idées, deux réformes particulièrement importantes ont été apportées au code civil, nous y insisterons principalement en étudiant la reconnaissance volontaire et judiciaire des enfants naturels, la condition des enfants adultérins et incestueux, la légitimation.

(29) Rapport du prof. SEGRE, p. 140.

§ 1. — *Reconnaissance des enfants naturels.*

La recherche en justice de la paternité.

Suivant le code civil actuel, les rédacteurs du nouveau projet ont maintenu l'inutilité de l'acte de naissance dans la preuve de la filiation naturelle : la reconnaissance volontaire en est, peut-on dire, le vrai titre juridique; elle est même, dans le code actuel, le seul moyen de connaître le père naturel puisque les recherches de la paternité sont pour ainsi dire interdites. C'est là favoriser le plaisir sans les devoirs, c'est permettre, dans une conception de la moralité publique, l'accroissement des enfants de père inconnu. La législation assistentielle si favorable aux enfants illégitimes et abandonnés devait trouver son complément dans la législation civile.

Le système de la reconnaissance volontaire, incomplet, imparfait, avait besoin de révision. Pour le mettre en accord avec le mouvement de protection des enfants abandonnés, il faut au moins, dans ce rappel au devoir des parents naturels, ne pas laisser trop d'entraves à leur générosité. C'est le but de l'article 280 du projet ³⁰ : la compétence des officiers publics à recevoir l'acte de reconnaissance est entendue moins sévèrement; la reconnaissance n'exige plus un acte authentique : « la reconnaissance de l'enfant naturel se fait dans l'acte de naissance ou moyennant une déclaration spéciale postérieure à la

(30) Il remplace l'art. 181 du code civil dont il modifie les exigences étroites : « la reconnaissance d'un enfant naturel se fera dans l'acte de naissance ou par un acte authentique antérieur ou postérieur à la naissance ».

naissance ou à la conception devant un officier de l'état civil, ou devant le juge tutélaire, ou dans un acte public ou dans un testament quelle qu'en soit la forme.

La demande de légitimation d'un enfant naturel présentée à la cour d'appel et la déclaration de la volonté de le légitimer exprimée par un des parents dans un acte public ou dans un testament valent reconnaissance, même quand, pour quelque motif que ce soit, la légitimation n'a pas lieu ». Le but d'accroître le nombre des reconnaissances inspire encore l'article 282 : « La reconnaissance d'un enfant déjà mort peut aussi avoir lieu, en faveur de ses descendants légitimes et des enfants naturels reconnus ».

Toutes ces facilités accordées en raison des avantages de la reconnaissance volontaire qui permet au père par une simple déclaration de confirmer le rapport de filiation sans débats judiciaires, souvent d'ailleurs impossibles, ne vont pas, malgré l'admission plus large de la contestation, sans de graves dangers : il est difficile d'ébranler la vérité de ces déclarations, même délibérément mensongères, puisque la preuve de leur caractère incombe à celui qui les conteste; « un enfant ne peut même pas repousser... une paternité naturelle qui lui fait tort ou lui répugne, et cela, pour le préjugé abstrait et théorique que si on faisait dépendre du consentement de l'enfant la validité de la reconnaissance, celle-ci ne revêtirait plus le caractère d'une confirmation volontaire d'un état, mais d'un contrat créateur d'un rap-

port de filiation ». Aussi, pour éviter toute légèreté de la reconnaissance, le législateur exige-t-il un âge minimum, 16 ans pour l'homme, 14 ans pour la femme, et pour éviter les calculs intéressés, enlève toute valeur à la reconnaissance effectuée sans le consentement de l'enfant (art. 277, 281) ³¹. Cette dernière disposition à but moral sans doute, semble donner, avec quelques nouveaux articles, un aspect nouveau, mais aussi plus précis au système général de la reconnaissance.

La reconnaissance en effet est un aveu solennel, pur et simple, irrévocable, à caractère éminemment personnel. Le caractère solennel exigé dans l'intérêt même de celui qui fait la reconnaissance et dans celui de l'enfant afin de lui assurer la sécurité de la conservation de son état, est utilement précisé ³² : une déclaration devant l'officier de l'état civil ou devant le juge tutélaire, dans un acte public ou dans un testament, donne à la reconnaissance cette présomption de vérité absolue qui la met à l'abri de trop faciles controverses. C'est sagesse que d'avoir mentionné le testament, d'avoir ainsi remédié à l'étroite rigueur du code civil : expression des dernières volontés d'un individu, le testament contient souvent aussi une réparation des fautes; il était raisonnable et moral de permettre au testateur d'accomplir un

(31) Art. 281 : « la reconnaissance de l'enfant âgé de seize ans ou interdit pour infirmité d'esprit n'a pas d'effet si l'enfant ou le représentant de l'interdit déclarent le récuser dans les trois mois du jour où ils en eurent connaissance.

(32) Des discussions, basées sur le caractère peu explicite du code divisaient la doctrine : l'acte authentique dont parle le code actuel sans préciser excluait-il la possibilité de la reconnaissance dans un acte public quelconque ou dans tout testament ? Cf. Dusi, op. cit., p. 595 et s. STOLFI, op. cit., p. 694 et s.

devoir que la crainte de la honte avait empêché de reconnaître des enfants dont il avait rougi pendant sa vie.

Le caractère révocable du testament se concilie mal avec l'irrévocabilité absolue de la reconnaissance; pour éviter toute contestation, le projet précise formellement que « la reconnaissance est irrévocable même si elle est contenue dans un testament qui est ensuite révoqué, ou est caduc en tout ou partie de ses dispositions » (art. 284).

Irrévocable parce qu'elle est un aveu de paternité, la reconnaissance est également pure et simple : on ne doit pas laisser aux père et mère la faculté d'enlever à l'enfant l'état qu'ils lui ont donné. Aussi le législateur prononce formellement la nullité de toute « clause destinée à limiter les effets »³³ de la reconnaissance » (art. 283), disposition bien conforme à la nature de la reconnaissance, car elle est la déclaration d'un fait, on est enfant de tels parents ou on ne l'est pas, on ne peut l'être à terme ou sous condition; disposition bien conforme à l'esprit général de la législation, hostile aux calculs basement individuels, elle déjoue heureusement des manœuvres égoïstes : la reconnaissance en effet n'est pas annulée en son entier, seule l'est la clause limitative.

Dans l'intérêt des parents, cependant, afin de laisser à chacun l'initiative de son devoir sous l'inspiration de sa conscience, outre le caractère personnel con-

(33) Il est possible de critiquer l'article en ce qu'il parle « d'effets de la reconnaissance », car elle n'est que la constatation d'un fait, un mode de preuve d'un rapport de parenté dont découlent ensuite les effets.

servé à l'aveu de paternité ou de maternité (la reconnaissance peut être faite par le père ou par la mère), le législateur précise le caractère individuel de la reconnaissance ³⁴ : « La reconnaissance n'a d'effet qu'à l'égard de celui des père et mère par qui elle fut faite.

L'acte de reconnaissance d'un seul des père et mère ne peut contenir d'indications relatives à la personne de l'autre. Si de telles indications sont apposées, elles sont privées d'effet. L'officier public qui les a reçues est punissable d'une amende de 500 à 2.000 lres...

Les dispositions du précédent alinéa ne sont pas applicables quand, s'agissant d'un enfant à naître, les indications relatives à la personne de l'autre des parents sont nécessaires pour identifier la personne de l'enfant » (art. 283).

Aveu personnel et individuel, la reconnaissance sera la condition d'où découleront les effets de la parenté; son caractère déclaratif, donc unilatéral, découle nettement du code actuel; le projet semble avoir modifié cette conception : afin d'éviter des reconnaissances intéressées, suivant sa ligne de conduite, la protection de l'enfant, il refuse toute valeur à l'aveu non accompagné de l'approbation tacite de l'enfant : c'est éviter des calculs intéressés des parents, mais n'est-ce pas permettre ceux de l'enfant. De plus, le rapport juridique de parenté découle du

(34) Art. 182 du code civil actuel dit simplement : « la reconnaissance n'a d'effet qu'à l'égard de celui des père et mère par lequel elle fut faite et ne donne à l'enfant reconnu aucun droit envers l'autre parent ».

fait de la procréation, la volonté des parents ne crée rien, elle ne fait que confirmer une donnée de la nature : or, puisque le refus de l'enfant enlève tout effet à la reconnaissance, sa volonté devient un élément essentiel à la validité de la reconnaissance, et celle-ci n'est plus seulement un aveu, un acte déclaratif, mais semble devenir créatrice d'un état. Ce caractère expliquerait et justifierait dès lors la formule répétée par le projet qui parle « d'effets de la reconnaissance »³⁵, mais il semble difficile à concilier avec la rétroactivité de la reconnaissance³⁶.

Mais la situation plus favorable faite aux enfants naturels doit être limitée par les exigences de la famille légitime : aussi le projet maintient-il la prohibition d'introduire l'enfant dans la maison conjugale en cas de reconnaissance durant le mariage. Outre cet intérêt de la famille légitime, il existe un intérêt social à ce que la vérité soit connue et qu'à l'enfant ne soit pas attribuée une fausse parenté ; il a incité le législateur à une réglementation détaillée de l'action en contestation de la reconnaissance. En principe elle est accordée à tout intéressé (art. 292), mais l'erreur, la violence, ne peuvent être invoquées que par l'auteur de la reconnaissance et encore ne sont-elles pas causes de nullité absolue : la recon-

(35) Cf. note 1, p. 111.

(36) Les rédacteurs ont voulu atteindre un résultat, jusqu'ici impossible, en raison d'un préjugé abstrait et théorique. Leur but, une protection plus efficace de l'enfant, est réalisée au mépris de la théorie : n'est-ce pas là une application d'un des caractères du fascisme, plus action que pensée, « anti-intellectualiste ». D'ailleurs, le rapporteur malgré la nécessité des deux volontés concordantes du père et de l'enfant, continue à parler « d'acte recognitif » rapport cit., p. 114.

naissance n'entre donc pas, malgré la nécessité d'un accord de volontés, dans le droit des contrats. Son auteur aura, dans ce cas, un an pour la contester, comme lorsqu'il la fait en état d'interdiction. Mais, au contraire : « l'action destinée à contester la reconnaissance pour défaut de sincérité est imprescriptible au regard de celui qui a été reconnu, de l'auteur de la reconnaissance, et de l'auteur d'une autre reconnaissance en contradiction avec celle qu'on attaque... Au regard de tout autre intéressé, l'action en contestation de la reconnaissance s'éteint par l'écoulement de cinq ans à compter de l'annotation de l'acte de reconnaissance dans les registres de l'état civil... » (art. 297).

Sans insister sur les détails de la réforme ³⁷, on peut dire qu'elle a réalisé, sans nuire à la famille légitime, la protection de l'enfant : la reconnaissance des parents est dépouillée de ses entraves formalistes, l'enfant pourra plus facilement déjouer des calculs intéressés (refus, contestation). S'il est en effet de l'intérêt social que l'enfant soit reconnu, il serait gravement blessé par la création de rapports de parenté fictive qui répugneraient, à l'enfant et à la conscience publique, car ils auraient à leur base non plus l'affection, mais des intérêts de personnes sans scrupule; ce serait un scandale de plus, le souci de la vérité est ici des plus légitimes.

En favorisant la reconnaissance, les réformateurs

(37) Le projet en effet a remplacé le seul article du code (art. 188) par les articles 292 à 298; ils prévoient l'assistance du mineur et de l'interdit, précisent le point de départ des délais, la transmission de l'action aux héritiers.

font œuvre de moralisation; mais ils se trouvent quand elle fait défaut devant une grave difficulté : celle d'introduire la force coercitive de la loi dans les rapports infiniment délicats de père à enfant, difficulté qui se traduit dans le code actuel par l'interdiction de la recherche en justice de la paternité. Cette interdiction, contraire à la tradition italienne, contraire aux principes les plus élémentaires de justice et d'humanité, pèche par excès de rigueur; les appréhensions qui la justifiaient sont de loin surpassées « par la réalité des scandales et des désordres familiaux auxquels donne naissance cette trop grande rigueur » ³⁸.

Les vœux unanimes du pays demandant que fût enlevé ce qu'il y a d'excessif et d'injustifié dans les restrictions que comporte la recherche en justice de la paternité, ont reçu satisfaction dans le nouveau projet de code civil : malgré certaines voix autorisées qui contestaient que « la facilité généralement déclarée très dangereuse et absurde avec laquelle la législation autrichienne admet la présomption de paternité naturelle, analogue à celle qui régit la légitimité de l'enfant né en mariage, ait produit tous les inconvénients qu'on a l'habitude de présenter... » ³⁹, les rédacteurs du projet n'ont pas voulu se lancer dans de trop radicales innovations qui auraient blessé l'unité et l'intégrité familiales.

Le projet dans ce but maintient le principe actuel de la prohibition des recherches judiciaires de la pa-

(38) Att. parl. loc. cit.

(39) Cf. rapport cit., p. 145.

ternité : « L'action destinée à obtenir la déclaration judiciaire de la paternité naturelle ne peut être proposée que dans les cas suivants :

1° quand, à l'époque de la conception, il y avait entre la mère et celui à qui on attribue la paternité, un mariage dont fut ensuite déclarée la nullité;

2° quand, à l'époque de la conception, il y avait concubinage entre les père et mère;

3° quand la reconnaissance faite par celui contre lequel on agit a été annulée pour un motif différent du défaut de sincérité;

4° si l'on peut déduire la paternité d'une sentence civile ou pénale, ou même d'une déclaration non équivoque, par écrit, de celui auquel on attribue la paternité;

5° s'il y a possession d'état d'enfant naturel;

6° s'il y a eu rapt ou violence charnelle, quand l'époque de la relation correspond avec l'époque de la conception;

7° s'il y a eu séduction précédée de promesse de mariage résultant de preuve écrite, ou réalisée avec des artifices et des supercheries susceptibles de tromper, ou facilitée par un abus d'autorité ou de confiance... quand l'époque des rapports correspond à l'époque de la conception ».

Les deux premiers cas visent tous deux évidemment une union éphémère et il y est permis de regretter certaines imprécisions : le mariage tout d'abord peut être annulé pour impuissance, dans ce cas aucune recherche de paternité ne devrait être admise et cependant aux termes du projet le tribunal

devra l'accepter; le concubinage ensuite désigne certainement une union d'une certaine durée, pourquoi n'avoir précisé dans l'intérêt du concubinage et de la moralité publique qu'il doive être notoire ? Ces deux imprécisions, de détail sans doute, risquent d'amener des recherches de paternité dont pourra souffrir la moralité familiale; le maintien de principe, d'autre part, de l'interdiction de la recherche de paternité aurait dû conseiller au législateur, une plus grande et plus rigoureuse précision.

Quant à l'admission de la recherche de la paternité, en cas d'annulation de la reconnaissance, pour défaut autre que défaut de sincérité, « il semble que... si la reconnaissance... a été contestée pour défaut de forme ou violence, une telle circonstance ne devrait pas se retourner contre l'auteur de la reconnaissance et constituer en une certaine manière un indice à son dommage » ⁴⁰. Il ne faut y voir, à notre sens, qu'une manifestation de la tendance générale de la législation en faveur des enfants, et il y a lieu dès lors de s'étonner que le projet exige en un autre cas comme condition d'admissibilité de l'action, une véritable possession d'état ⁴¹ au lieu, comme notre code, de se contenter de l'aveu implicite de paternité

(40) Rapport cit., p. 147.

(41) L'art. 300 définit cette possession d'état : « la possession d'état résulte d'une série de faits qui dans leur ensemble constituent un indice grave des rapports de filiation entre une personne et celui auquel on attribue la paternité.

Les principaux de ces faits sont :

1° que la personne ait toujours porté le nom de celui qu'elle prétend être son père;

2° que celui-ci l'ait traitée comme son enfant et ait pourvu en une telle qualité à son entretien;

3° qu'elle ait été constamment reconnue comme telle dans la société.

résultant de la participation du père à l'entretien de l'enfant. En outre, et autre restriction dans l'intérêt de la sécurité des personnes « il ne peut y avoir lieu à la déclaration de paternité si, à l'époque de la conception, la mère était notoirement de mauvaises mœurs ou avait eu des rapports sexuels avec d'autres personnes » (art. 301).

Quant aux recherches de la maternité, elles sont admises avec ampleur, « même en dehors des cas prévus par l'article 299 » dit le projet « pour préciser qu'une telle action est générale et que les exceptions éventuelles, communes au cas de la paternité, dépendent d'autres motifs »⁴². L'article qui consacre ce caractère général, n'exige même plus, à l'encontre du code actuel, un commencement de preuve par écrit, large application d'ailleurs du principe établi désormais que « la paternité et la maternité naturelle peuvent être démontrées par tout moyen de preuve » (art. 312).

Par contre, pour éviter que la plus large admission des recherches de la paternité, les facilités de preuve, n'amènent de trop fréquents procès publics qui jetteraient le trouble dans les familles, le projet déclare que « l'action pour la déclaration judiciaire de paternité ou de maternité naturelle ne peut être intentée si elle n'a pas auparavant été déclarée admissible. Sur l'admissibilité, le tribunal décide par décret en chambre du conseil sur le recours de qui entend exercer l'action...; l'enquête sommaire accomplie par le tribunal a lieu sans aucune publicité et doit de-

(42) Rapport cit., p. 147.

meurer secrète ». On laisse ainsi au tribunal toute liberté dans le choix des moyens d'investigation sur la sincérité des faits invoqués ou leur vraisemblance, et il n'admettra l'action que s'il existe des indices tels qu'ils la fassent apparaître justifiée (art. 309). Afin d'autre part de réprimer les actions téméraires et les « manœuvres louches »⁴³, le projet donne au tribunal la faculté de condamner le demandeur à une amende de trois cent à cinq mille liras (art. 311).

L'action appartient d'ailleurs à un cercle très limité de personnes : une disposition formelle était nécessaire sur ce point car le silence du code était diversement interprété. Les plus nombreux, tirant argument de ce silence et des principes généraux, admettaient que l'action appartenait aux tiers intéressés contre l'enfant, aux ascendants, aux héritiers de l'enfant⁴⁴. Les rédacteurs du projet, au contraire, s'écartant de l'idée qu'un intérêt pécuniaire suffise à légitimer une telle action, exclurent la transmissibilité de l'action aux héritiers comme tels, et le rapport d'affection, le lien familial qui appellent selon le code actuel le conjoint de l'enfant, le père ou la mère qui l'a reconnu à la succession « ab intestat », n'ont pas été jugés suffisants pour leur valoir l'exercice de l'action : elle n'appartient qu'à l'enfant et à sa mort à ses descendants légitimes (art. 303).

Cette disposition exclut donc les descendants na-

(43) Cf. rapport cit., p. 147.

(44) Cf. Dusi, della filiazione, p. 679 à 687; il pose le principe que la loi n'ayant pas déterminé limitativement les personnes qui peuvent agir on applique la règle générale : l'action appartient à tout intéressé. L'intérêt peut être tant moral que pécuniaire : il doit être légitime et actuel.

turels, les ascendants et même la mère : « lui accorder l'action en déclaration de paternité au nom de l'enfant, indépendamment de sa qualité de représentant légal de l'enfant qu'elle a reconnu, est vain ou dangereux, dit le rapporteur. Ou elle mérite d'avoir la puissance paternelle et, avec l'autorisation du juge tutélaire, elle pourra l'intenter. Ou elle ne le mérite pas et on comprend qu'elle puisse demander au tuteur d'agir et que le juge tutélaire même si celui-ci refuse, puisse pourvoir à ce que l'on agisse dans l'intérêt de l'enfant. Certes la loi française, après avoir déclaré que l'action appartient seulement à l'enfant, ajoute que, durant la minorité, la mère, seule, peut agir. Mais cette disposition semble excéder toute juste mesure, soit en tant qu'elle exclut le représentant légal de l'action, soit par ce qu'on fait dépendre l'exercice d'une action qui est dans l'intérêt de l'enfant du bon plaisir de la mère... qui peut-être s'est adonnée à la mauvaise vie » ⁴⁵.

Aussi en cas d'incapacité de l'enfant, l'action sera exercée par son représentant légal, et l'article 306 qui le déclare ne manque pas d'être curieux : « L'action destinée à la déclaration judiciaire de la paternité ou de la maternité naturelle peut être exercée dans l'intérêt du mineur par le père ou la mère au pouvoir duquel il est soumis ou par le tuteur... la mère en tant qu'il est possible doit être entendue... Le consentement de l'enfant est nécessaire pour exercer ou poursuivre l'action s'il est âgé de seize ans ».

Pour l'interdit, l'action peut être exercée par le

(45) Rapport cit., p. 149.

tuteur durant « l'interdiction, avec l'autorisation préalable du juge tutélaire ». Comme pour la reconnaissance donc, le consentement de l'enfant est ici obligatoire. La raison, on l'aperçoit mal dans un système dont l'idée première est de donner à l'enfant une famille, surtout qu'à seize ans l'enfant pourra opposer un refus, souvent sans doute légitime, mais peut-être aussi fondé, parfois, sur des puérilités ou des préférences pour le vagabondage.

Dans une question où l'intérêt de l'enfant est en jeu, il serait à notre avis plus salulaire de confier l'exercice de l'action à des personnes susceptibles de protéger l'enfant contre lui-même : soit le tuteur sous le contrôle du juge tutélaire, soit le père ou la mère qui l'a reconnu et que guidera l'affection pour leur enfant. Le père en effet peut agir pour son enfant, mais toujours avec son consentement, en cas de déclaration de maternité. C'était évidemment le meilleur moyen de procurer à l'enfant les soins de sa mère : étant donnée la libre admission de la recherche de la maternité, la possibilité d'employer tout moyen de preuve, le père n'aura pas grand'peine à obtenir un jugement déclaratif de maternité. La mère avait peut-être de graves motifs de ne pas se faire connaître, le législateur ne s'y est pas arrêté : un intérêt individuel ne saurait primer l'intérêt de l'Etat à ce que l'enfant reçoive la meilleure formation possible. Tout représentant légal de l'enfant peut agir, et dès lors, ce sera d'ailleurs vraisemblablement — cas extrêmement fréquent, — l'institution ou l'hospice qui l'a recueilli : c'est ce que dit formellement

l'article 316 du projet portant dans la législation civile l'extension des pouvoirs des organes d'assistance que des lois spéciales avaient déjà consacrés dans le domaine administratif et assistentiel : l'hospice peut agir même dans le seul but de la fourniture d'aliments ou le remboursement des dépenses qu'il supporte pour le mineur (art. 316).

L'enfant dans tous ces cas est absolument l'arbitre de l'action puisque nul ne peut agir contre son refus qui a valeur absolue, quel que soit son fondement. L'action à son égard est imprescriptible : sa mort amène pour les héritiers un bref délai de déchéance. Qu'en est-il en cas de mort du père ou de la mère ? La mort de l'un ou l'autre parent doit en effet emporter la même solution, car les dangers de fraude sont les mêmes, les mêmes aussi les égards envers la famille légitime en l'un ou l'autre cas. Certes on ne peut méconnaître, en une telle matière, les dangers de pièges et de chantage, le danger que passent pour enfants d'un tel, ceux qui ne le sont pas, plus facilement réalisables à la mort du père. Mais le projet a organisé une prudente procédure préventive, puisque, à défaut de reconnaissance préalable par le tribunal de l'admissibilité de l'action, le demandeur ne peut agir, fut-il même dans l'un des cas où la recherche de paternité est admis. « Si le juge doit être circonspect dans l'appréciation des preuves, même après le décret d'autorisation, quand l'action est proposée « *in limine mortis* », il ne le sera certainement pas moins si l'on attend pour agir, la mort du père...; attendre la mort pour agir est très souvent déter-

miné par de très appréciables motifs, comme il arrive quand le père se trouve dans de graves conditions de santé et en danger de mort, ou quand l'enfant attend, pour voir si la reconnaissance que le père ne veut pas et ne peut faire pour diverses raisons par un acte entre vifs, n'a pas été faite en un acte de dernière volonté » ⁴⁶. Afin de concilier ces divers arguments, une solution intermédiaire est adoptée au projet : « l'action ne peut être exercée après un an de la mort du père ou de la mère ».

Mais si à cette époque l'enfant était mineur, celui-ci peut, même si le dit terme est écoulé, exercer l'action pourvu qu'il le fasse dans les deux ans de sa majorité. S'il est mort avant d'atteindre la majorité, l'action peut être exercée par ses enfants légitimes dans un délai de deux mois à compter du jour où il l'aurait atteinte (art. 304). C'est une solution sage, conciliant à la fois l'intérêt de l'enfant qui attend toujours une reconnaissance, l'intérêt des familles légitimes à ne pas être troublées par des actions longuement postérieures à la mort du père. Cependant devant les difficultés de la preuve de la filiation naturelle, et en raison d'une sorte de répugnance à refuser toute valeur, par suite seulement de l'écoulement d'un délai, à des témoignages qui viendraient à se révéler, le projet admet un tempérament à la limitation du délai en cas de mort du père ou de la mère : « si une sentence, dit-il, est rendue, d'où résulte la paternité ou la maternité, ou qu'il est découvert un document dans lequel l'une ou

(46) Rapport cit., p. 151.

l'autre résulte d'une déclaration non équivoque par écrit des parents, l'action peut être proposée dans les six mois de passage en jugement de la sentence ou de la découverte du document, quand même seraient écoulés les délais indiqués dans l'article précédent » (art. 305).

Tout en consacrant, avec la possibilité des recherches de la paternité, la faveur pour l'enfant, le nouveau projet s'en tient au fond à une sévère sagesse; trois conditions sont en effet nécessaires à l'exercice de l'action : qu'on se trouve dans l'un des cas où l'action est admissible, que l'enfant ne refuse pas son consentement, que le tribunal, en voie préventive, déclare l'action admissible. Il est vraisemblable dès lors que l'on n'assistera pas à de fausses déclarations de paternité, et il nous semble que quand le demandeur aura obtenu le décret d'admissibilité de l'action, on pourra considérer l'action comme jugée en sa faveur, car le tribunal sera certainement moins sévère et le demandeur aura à sa disposition tout moyen de preuve. C'est très logique : il est préférable d'arrêter l'action à son début dans un débat secret que d'assister à un rejet de la demande après un procès public qui aurait jeté le scandale dans une famille, qui aura injustement entâché l'honneur d'un homme probe.

§ 2. — *Les enfants adultérins et incestueux.*

Le projet, suivant la tradition romano-canonique n'a pas voulu anéantir la distinction entre enfants

naturels simples et enfants adultérins et incestueux. Le code civil en interdit de façon absolue la reconnaissance tant volontaire que forcée, il leur refuse donc tout état de famille et, en quelques cas, ce n'est qu'un droit aux aliments qu'il leur accorde ⁴⁷.

L'exemple des législations autrichienne et allemande, les critiques de la doctrine faisaient sentir leur influence au Parlement; lors du projet de loi sur l'unification législative avec les nouvelles provinces, la question fut soulevée, les arguments repris avec plus de force pour proposer sur ce point l'unification sur la base de la législation autrichienne, c'est-à-dire en faveur de l'abolition de toute distinction entre les enfants naturels : la majorité de la Commission ne s'y montra pas favorable ⁴⁸. Le législateur, disaient les partisans de l'admission de règles identiques pour tous les enfants naturels, a voulu étouffer le scandale, mais le scandale réside dans le fait et non dans sa preuve; c'est là une pudeur législative affectée qui aboutit à une injustice : elle fait d'une part peser sur les enfants la faute du père contrairement aux principes de responsabilité et à l'intérêt social, sans que cette sévérité évite le scandale ni soit un obstacle à un fait que les lois ne peuvent comprimer; d'autre part ces enfants de famille seront des tiers au regard de leur père et mère et ceux-ci dès lors, selon leur plaisir, peuvent les gratifier de dons ou de legs

(47) Code civil, art. 180, 193.

(48) Att. parl. 1923. Leg. XXVIII; doc. n° 2013 A : rapport de la sous-commission pour les modifications au code civil, et un rapport annexe du député ROSADI.

bien plus que leurs enfants légitimes ou naturels simples ⁴⁹. Les raisons des adversaires de l'abolition de la distinction l'emportèrent successivement dans les différentes lois d'après guerre et au sein de la commission qui rédigea le nouveau projet ⁵⁰ : « le vif sentiment de pitié qu'éveille la condition des malheureux qui doivent leur naissance à l'adultère ou à l'inceste, celui qu'inspire la mère quand elle est, comme c'est fréquent, victime de la tromperie ou de la violence, conseillent, nous dit le rapporteur, de s'écarter de la rigueur injustifiée et imprudente, et même brutale de notre loi, mais non d'admettre la reconnaissance, la recherche et la déclaration judiciaire de la filiation avec la même largeur que pour les autres enfants naturels. Il est tenu compte surtout de l'horreur qu'éveillent les unions incestueuses; certes les unions adultérines n'éveillent... il faut le reconnaître, qu'une large et complaisante indulgence. Ceci ne dispense pas le législateur, mais lui impose de mettre un frein à ces tendances morbides afin d'éviter les troubles de l'ordre et de la tranquillité familiale ». En réponse aux arguments des adversaires le rapporteur ajoute « qu'il est facile d'observer que la notoriété des faits peut être plus ou moins grande, plus ou moins certaine et que la loi civile comme la loi pénale tiennent comme justement nocive qu'on alimente le scandale et qu'on mette en pleine lumière l'inceste, ou l'injure apportée à l'autre conjoint, que

(49) Cf. att. parl. loc. cit.; Dusi, op. cit., p. 842 et s.

(50) Lois en faveur des orphelins de guerre : décrets-lois 6 août 1916, n. 968; 18 juillet 1917, n. 143.

la pitié envers les enfants ne peut faire oublier le dommage énorme que la constatation de tels faits apportent à la paix et à l'ordre des familles et que les enfants eux-mêmes devraient en général préférer que leur origine restât dans l'ombre » ⁵¹. Dans ces idées, le projet a voulu adoucir la condition faite à l'enfant par le code civil; il a distingué, en deux dispositions, la situation des enfants adultérins et des enfants incestueux, leur concédant par un même article une action d'aliments.

« L'horreur qu'éveillent généralement les unions incestueuses » la répugnance morale de la société envers les malheureux fruits de ces condamnables unions, les rédacteurs du projet les ont manifestement ressenties : la rigueur de l'article 278 qui interdit la reconnaissance des enfants incestueux le prouve avec évidence. Les termes absolus de l'article excluent toute atténuation résultant de la bonne foi. Et cependant c'est peut-être elle, de même que le désir de fournir à l'enfant une affection, une aide physique et morale, la pitié envers la femme, qui expliquent la dernière phrase de cet article : « Les enfants nés de personnes entre lesquelles ne pouvait exister mariage en raison d'un lien de parenté, même seulement naturelle, ou d'alliance en ligne directe, ou en raison d'un lien de parenté même seulement naturelle en ligne collatérale au second degré, ne peuvent être reconnus que par la mère ». Elle n'a pas besoin de prouver sa bonne foi, ou qu'elle fut

(51) Rapport cit., p. 161.

contrainte par la violence, ce qui risquerait par un débat judiciaire de provoquer d'autres scandales, le législateur lui offre un moyen de réparer sa faute, et de trouver dans l'éducation de son enfant un réconfort dans sa triste situation. Mais là s'arrête l'exception : la mère ne pourra indiquer le père dans l'acte de naissance et une disposition formelle interdit les recherches de la maternité, « même au cas où la femme pourrait reconnaître son enfant ». La moralité en serait atteinte, et il est juste que le législateur s'il admet un adoucissement en faveur de la victime, veuille marquer une désapprobation rigoureuse et formelle contre un acte qui répugne à la conscience de tous ⁵².

A l'égard des enfants adultérins le projet montre au contraire une bien plus grande largeur; et s'il faut admettre que le caractère adultérin est comme le caractère incestueux de l'enfant un empêchement à la reconnaissance, la formule de l'article ne l'indiquerait pas formellement : au lieu en effet de suivre la formule employée pour les enfants incestueux (ne peuvent être reconnus) il déclare : « les enfants adultérins peuvent être reconnus par le père ou la mère qui à l'époque de la conception n'était pas uni en mariage ». Cette possibilité absolue de reconnaître accordée à celui des parents qui est libre est dans la ligne logique de la législation : elle protège l'enfant sans nuire à la famille. L'enfant adultérin en effet n'y rentre pas, n'en porte pas le nom; la

(52) Art. 315.

reconnaissance même, fait extérieur à la famille légitime, diminuera pourrait-on dire le trouble qui lui est porté par l'adultère, puisque celui des deux auteurs qui est marié est dégagé de l'obligation des soins qu'il se serait cru moralement obligé de donner, en concurrence avec ceux de la famille. Sans doute des inconvénients peuvent apparaître, par exemple au cas d'union entre un homme marié et une femme libre : la possibilité de la reconnaissance peut en effet nuire à la femme et même à l'enfant, elle pourrait tenter de le supprimer surtout si elle ignorait, comme fréquemment, le mariage de l'homme ⁵³.

Outre ce cas de possibilité de la reconnaissance, les enfants adultérins « peuvent être reconnus par le père ou la mère qui à l'époque de la conception était uni en mariage, si le dit mariage est dissous ⁵⁴ ou annulé et s'il n'y a pas d'enfants légitimes ou légitimés par effet de ce mariage ni descendants légitimes de ces enfants et en tous cas la reconnaissance peut avoir lieu s'il se produit un mariage entre les père et mère de l'enfant adultérin » (art. 279). Il faut convenir de la fréquence désormais possible des reconnaissances d'enfants adultérins : la morale est

(53) Le rapporteur observe que « si par l'admission de la reconnaissance après la dissolution du mariage on veut que l'offense à la mémoire du conjoint défunt soit moindre que celle qui lui aurait été apportée pendant sa vie par la reconnaissance ou la déclaration judiciaire de filiation durant le mariage, il reste cependant qu'une telle possibilité de recherche après la mort du conjoint pourrait être un stimulant à en désirer la mort ». Rapport cit. p. 163.

(54) L'élargissement des cas d'annulation, et la possibilité de dissolution pour les mariages des catholiques donne une plus grande portée à cette règle.

sauve puisque l'adultère reste toujours un délit⁵⁵; la famille aussi, puisque la reconnaissance se produira en dehors d'elle, les enfants sont protégés conformément à l'intérêt de l'Etat et d'autant plus que dans tous les cas où la reconnaissance est possible, ils peuvent agir en justice pour faire déclarer la paternité. L'article 315 le dit en effet dans une formule très restrictive « Les recherches sur la paternité ou sur la maternité ne sont pas admises dans les cas où la reconnaissance est interdite », reproduction de l'interdiction du code actuel⁵⁶, mais avec un sens évidemment tout différent puisque le projet admet la reconnaissance, et avec une précision plus formelle. Mais « quand les circonstances sont telles que les égards dus à la décence publique perdent de leur importance, de même que l'intérêt de l'enfant à ce que l'on maintienne le silence sur son origine, et que prévaut au contraire le motif qu'il serait grandement inhumain de refuser à l'enfant des aliments »⁵⁷, le nouveau projet donne à l'enfant une action dans ce but et ne s'écarte pas substantiellement du code actuel; il adoucit cependant la rigueur de la loi actuelle, qui, dans son désir de concilier les divers intérêts matériels et moraux en conflit, exige avec une excessive sévérité que l'union des père et mère et la filiation apparaissent manifestement⁵⁸. C'est le

(55) Cf. *infra*, p. 326.

(56) Art. 193 « dans les cas où la reconnaissance est défendue l'enfant n'est jamais admis à faire des recherches ni sur la paternité ni sur la maternité ».

(57) Rapport cit., p. 164.

(58) Il n'admet en effet l'action alimentaire de l'enfant que quand la paternité ou la maternité résulte d'une sentence, d'une déclaration écrite, ou ressort d'un mariage déclaré nul (art. 193).

sens de l'article 315 : « Toutefois, dit-il, même dans les cas prévus aux deux précédents alinéas, l'enfant naturel peut proposer une demande pour obtenir des aliments :

1° si la paternité ou la maternité résulte indirectement d'une sentence civile ou pénale;

2° si la paternité ou la maternité ressort d'un mariage déclaré nul;

3° si, à l'époque de la conception, il y avait concubinage notoire entre les père et mère;

4° si la paternité ou la maternité résulte d'une déclaration non équivoque par écrit des père et mère;

5° s'il y a possession d'état d'enfant naturel.

Afin d'éviter les scandales d'une action d'aliments, exercée selon la procédure ordinaire, cet article exige la procédure des recherches en paternité avec ses garanties de prudence et de secret. Elle amène d'ailleurs un autre avantage : l'action en déclaration de paternité arrêtée par ce que la reconnaissance était impossible, l'enfant n'a pas à recommencer la procédure, et son action pourra être limitée à une demande d'aliments. Il ne sera même pas interdit, semble-t-il, à l'enfant naturel qui ne désire pas être reconnu, de limiter son action aux aliments : l'avantage pour lui est que, recevant des aliments de ses parents naturels, il n'est pas tenu à la réciprocité; le jugement par lequel il justifie de sa filiation en vue d'obtenir des aliments n'établit aucunement son état, de telle sorte que l'on peut le considérer comme une demi reconnaissance, situation assez contradictoire,

et à laquelle le père pourra couper court, en reconnaissant l'enfant durant l'instance. Il est assez curieux de constater que le projet si hostile aux calculs intéressés, ait permis à l'enfant cette spéculation, souvent contraire à son intérêt bien compris qui est d'avoir, en plus des secours matériels, le secours moral de l'affection d'un père ou d'une mère. Cette faculté pour l'enfant de limiter son action aux aliments, semble cependant conforme à la possibilité de refuser son consentement à une action en recherche de la paternité, elle manifeste une fois de plus, avec les possibilités de reconnaissance, la faveur dont jouiront les enfants, et la légitimation ne peut que s'en ressentir.

§ 2. — *La légitimation.*

Pour donner à l'enfant né hors mariage tous les droits inhérents à la qualité d'enfant légitime, les parents peuvent le légitimer (art. 317). La légitimation est donc un bénéfice de la loi, bénéfice dont l'influence moralisatrice est certaine : elle incite les faux ménages à régulariser leur union « en leur offrant comme cadeau de noces la légitimité » ⁵⁹, elle procure à l'enfant une situation plus digne, plus apte à lui donner une formation physique et morale meilleure. Le code civil actuel connaît deux modes de légitimation, par subséquent mariage et par décret royal; le nouveau projet les conserve, avec certaines réformes afin d'en élargir la possibilité.

(59) PLANIOL et RIPERT, traité élémentaire de droit civil, t. I, p. 503.

Indirectement tout d'abord, la légitimation reçoit une possibilité d'application plus fréquente : reprenant en effet la formule du code actuel, le projet déclare que les enfants qui ne peuvent pas être reconnus, ne peuvent être légitimés ni par subséquent mariage ni par décret royal (art. 318), formule identique, mais de portée différente puisque la plus large admission de la reconnaissance, surtout des enfants adultérins, donnera à cet article une application plus fréquente. Indépendamment de cela, la légitimation est plus largement ouverte : la légitimation des enfants déjà morts est autorisée non plus seulement comme dans le code actuel en faveur de leurs descendants légitimes, mais même en faveur de leurs descendants naturels (art. 319).

Quant à la légitimation par subséquent mariage, malgré son caractère attributif d'un état nouveau à l'enfant naturel, elle a effet rétroactif du jour du mariage, quelle que soit la date de la reconnaissance : « même s'ils (les enfants) ont été reconnus postérieurement au mariage » (art. 320). « Il n'y a aucune haute raison morale ou juridique qui défende d'améliorer la condition des enfants reconnus à une époque quelconque. Il n'y a aucun motif pour que l'intérêt des enfants légitimes nés après la célébration du mariage prévaille sur celui des enfants légitimés par subséquent mariage, même reconnus postérieurement ». La légitimation se produit donc de plein droit, mais il est permis de redouter que cette absence de garanties supplémentaires, au cas de

reconnaissance postérieure au mariage, ne permette aux parents de se donner des enfants par une reconnaissance fictive : nul doute que sur ce point la nécessité du consentement de l'enfant pour la reconnaissance soit d'une grande utilité et ne soit une des causes qui éviteront la fréquence des fraudes. Elles peuvent avoir de l'importance, par exemple au cas de succession ouverte après le mariage, mais avant la reconnaissance, puisque la rétroactivité de la légitimation au jour du mariage fait acquérir des droits à la succession aux enfants reconnus même après son ouverture. L'intérêt des enfants est plus que protégé, mais celui des tiers est peut-être un peu trop ignoré.

La légitimation par décret royal se voit dans le projet ouvrir un large champ d'application : dans l'énumération des conditions pour qu'elle puisse être accordée, le projet, après avoir exigé du demandeur l'âge nécessaire pour reconnaître ⁶⁰, en facilite considérablement la possibilité d'obtention; alors que le code civil actuel pose en condition fondamentale l'impossibilité pour le père et la mère de légitimer leur enfant par subséquent mariage, le projet se contente de ce qu'il y ait pour le père ou la mère grave obstacle à légitimer leur enfant par subséquent mariage ⁶¹ (art. 321, 2°). Ce sera l'œuvre des cours d'appel d'en déterminer l'existence; mais il ne nous sem-

(60) 14 ans pour la femme, 16 ans pour l'homme (art. 277).

(61) Le projet revient ainsi à la règle du code albertin : ce code en effet se contentant de ce que le père ou la mère, pour causes graves, ne soit pas en état de légitimer ses enfants par subséquent mariage.

ble pas que l'innovation soit heureuse : « il s'agit ici de la concession d'une grâce, c'est-à-dire d'une chose exorbitante des règles communes, le seul motif de la faire accepter est celui de l'impossibilité du mariage; on ne peut lui substituer aucun autre motif sans léser les plus sages principes et donner accès à d'innombrables et arbitraires inconvénients » ⁶². Le projet surtout ne donne aucune indication ni sur la nature de l'obstacle, ni sur le quantum de gravité; cette disposition augmentera certes le nombre des légitimations, mais en diminuant pour les concubins l'utilité du mariage, elle détruit un des avantages de l'institution, la régularisation des unions illégitimes.

Le projet supprime en outre la condition que le père ou la mère qui la demande n'ait pas d'enfants légitimes ou légitimés par subséquent mariage ou descendants d'eux ⁶³. Sans vouloir apercevoir le grave tort porté aux enfants légitimes, le rapporteur que semblent inspirer surtout des motifs sentimentaux, déclare simplement « qu'il est injuste que l'existence d'enfants ou de descendants dût constituer un obstacle absolu à l'accomplissement d'un devoir dans sa manifestation la plus délicate comme l'est la légitimation » ⁶⁴. Par le même coup d'ailleurs cette disposition porte une légère entorse à l'interdiction d'introduire l'enfant reconnu après le mariage dans la maison conjugale, puisque si, en cas de ma-

(62) Rapport de la commission sur le code civil de 1865; GIANZANA Codice civile, I, p. 212-213; II, p. 190.

(63) Le code actuel porte cette condition à l'art. 198, 2°.

(64) Rapport cit., p. 168.

riage, elle exige le consentement de l'autre conjoint, elle déclare aussi qu'en cas d'absence ou d'incapacité de ce dernier son consentement n'est plus requis.

Comme le code actuel, le projet prévoit le cas de mort du père ou de la mère qui a exprimé dans un testament ou un acte public la volonté de légitimer son enfant; celui-ci pourra demander la légitimation à condition qu'au moment de la mort il y eût pour les parents grave obstacle à le légitimer (art. 322). Cette déclaration du père ou de la mère implique reconnaissance, elle est une réparation « post mortem » : les enfants en demandant la légitimation ne font qu'accomplir la volonté du défunt. Mais le projet va beaucoup plus loin; il admet en effet que « la demande de légitimation d'un enfant naturel reconnu, en cas de mort du père ou de la mère, peut être faite par un de ses ascendants légitimes, si de la part du père ou de la mère n'a pas été exprimée une volonté en contradiction avec celle de légitimer » (art. 323). Il n'y a plus dès lors, dans la reconnaissance, ni la légitimation, cet élément de réparation d'une faute, elle devient une institution de protection des enfants naturels. D'autre part dans les cas où est admis le mariage par procuration, la légitimation peut avoir lieu par décret quand existent les conditions pour la légitimation par subséquent mariage qui ne peut avoir lieu en raison de la mort du mandant (art. 324).

Ces diverses extensions données à la possibilité de légitimation ont incité les rédacteurs du projet,

après avoir maintenu la procédure établie par le code, à admettre formellement contre le décret royal de légitimation un recours pour illégitimité devant le conseil d'Etat (325 al. 5) : la volonté royale, en effet, quelque valeur qu'on puisse lui reconnaître, ne peut, si elle n'est pas conforme à la loi, avoir une efficacité quelconque.

Cet ensemble de réformes de la condition des enfants, après avoir toléré l'entrée des enfants dont la filiation est douteuse dans la famille légitime en raison des avantages qu'elle présente pour leur formation, montrent le souci constant de diminuer le plus possible le nombre des enfants abandonnés, de parents inconnus; ce sera même parfois peut-être au détriment de la famille légitime, surtout par l'extrême facilité d'obtenir la légitimation par décret royal, institution pourtant d'une utilité douteuse.

De grandes facilités sont en tout cas ainsi accordées aux parents pour remplir leur devoir; les enfants peuvent cependant par leur refus s'y opposer, mais ils peuvent aussi les y contraindre puisque les recherches de paternité plus largement admises les y autorisent, à moins que la révélation de leur origine (adultère ou inceste) n'apporte un trop grand trouble dans l'ordre des familles, une trop grave atteinte à la décence publique. L'intérêt de l'Etat est satisfait : il peut espérer une diminution du nombre des enfants naturels non reconnus, une diminution des charges d'assistance, une amélioration physique et morale de la jeunesse par l'œuvre coordonnée de la famille et de l'Etat.

CHAPITRE III.

L'ADOPTION

Insérée en dernière heure dans le code Napoléon, après de vifs débats, dans le code civil italien, qualifiée par les uns d'institution aristocratique, par les autres d'institution hautement républicaine, l'adoption, dont la dernière guerre a fait sentir l'utilité, est un des exemples les plus frappants de transformation d'une institution juridique dans sa conception et dans sa fonction en rapport avec les modifications du milieu où elle est destinée à agir.

Dans l'antiquité l'adoption se liait à une pensée religieuse. A Rome surtout, où se faisait fortement sentir, chez qui n'avait, pas d'enfants, le besoin de s'en créer artificiellement, l'adoption connut un rôle important : elle parait au danger de l'extinction des familles, elle assurait la perpétuité du culte domestique. L'adopté passait de la puissance paternelle de son père sous celle du père adoptif, son union avec la famille était complète. Justinien cependant, sous l'influence du sentiment de la famille toujours croissant n'admit plus cette séparation complète de l'adopté et de sa famille, et c'est ce type d'adoption qui passa dans nos codes après avoir disparu dans les

pays de coutume. La Révolution, éprise d'antiquité romaine, la reprit sans toutefois en préciser le statut¹; de l'opposition de nombre des rédacteurs du code civil à la conception de Napoléon qui voulait une adoption semblable à celle de l'Empire romain, résulta une institution étroitement limitée, entourée de conditions très strictes.

Lors de la rédaction du code civil italien, le Garde des sceaux Pisanelli voulait l'exclure de son projet : c'était selon lui un reliquat de civilisations vieilles, à type aristocratique, susceptible de violer la loi qui interdit la reconnaissance de certains enfants, de nature à créer près de la famille légitime une famille fictive source de jalousies et de haines². Mais « nous disons franchement, disait la commission du Sénat, que si ce sont là des concepts aristocratiques que l'amour de la paternité, l'instinct de secours aux orphelins... toute la famille humaine constitue une antique et innocente aristocratie qui durera autant que l'homme »³. L'adoption entra au code civil, mais entourée de telles formalités que son application devint exceptionnelle; son but, donner un enfant à ceux qui n'en ont pas, n'emportait pas séparation de l'adopté et de sa famille, ne lui donnait qu'une médiocre utilité. La doctrine cependant s'y montrait favorable, et demandait, pour lui donner un plus grand rôle, de simplifier les formalités, de la réformer dans sa conception afin de l'adapter aux nécessités actuelles.

(1) PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique*, T. II, par ROUAST, p. 847.

(2) GIANZANA, *Codice civile*, I, p. 12 à 29.

(3) GIANZANA, *Principii di diritto civile* de Laurent. Appendice IV, p. 551 à 555.

La guerre créant des vides dans les foyers, privant les familles de leurs enfants, les enfants de leur père, ne pouvait que susciter au cœur des hommes un plus large esprit de bienfaisance; c'était le devoir du législateur de le seconder au profit surtout des orphelins, victimes innocentes d'une sauvage ruine; ce fut le but du décret-loi du 31 juillet 1919⁴. L'adoption reste toujours un contrat solennel, mais ne présente plus que peu d'analogie avec l'adoption antique, basée sur le principe, désormais périmé⁵ : adoption « *imitatur naturam* ».

Comprenant qu'il est vain de discuter son caractère aristocratique ou démocratique, déraisonnable de se baser sur la rareté de son application pour en consacrer la suppression, les commissions législatives montrèrent la nécessité de réformer une institution essentiellement de bienfaisance sociale. Et maintenant que la législation assistentielle se base sur une large collaboration familiale, ce n'était que le logique devoir de la législation civile de favoriser cette collaboration utile aux enfants : elle ne sera plus destinée à imiter la nature, mais elle donnera satisfaction à des aspirations d'ordre social. C'est dans ce sens que le projet considérant « l'adoption comme une institution philanthropique qui nourrit et avive les plus nobles sentiments de générosité et de bienfaisance, vise à la libérer de ses liens et de ses restrictions, à simplifier sa réglementation afin d'en

(4) Cf. DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, vol. II, p. 655.

(5) Comment en effet compter sur de nombreuses adoptions, alors que les gens se refusent à avoir des enfants ?

seconder et d'en promouvoir l'application » ⁶. L'adoption, cependant, reste entourée de garanties afin d'en éviter les dangers, les atteintes aux droits des parents et à la famille : nous examinerons les principales des réformes en étudiant, les conditions de l'adoption, ses effets, la possibilité de révocation ⁷.

§ 1. — *Conditions et formes de l'adoption.*

L'adoption, même conçue comme institution de bienfaisance, organisée sur cette base et dans ce but, emporte cependant modification de l'état de famille de l'enfant. Acte essentiellement volontaire, il importe de protéger la liberté des parties, et les dangers qu'il présente pour la famille légitime nécessitent l'observation de conditions formelles. Mais la conception nouvelle et mieux comprise de l'adoption exigeait, afin d'en étendre l'application, de modérer les rigueurs du code civil précisément dans ces hypothèses où se faisait particulièrement sentir l'utilité de l'adoption.

Le projet, en principe, a maintenu pour l'adoptant les conditions déjà posées par le code civil; malgré son désir de faciliter les adoptions, il n'a pu se détacher de la conception traditionnelle; elle est une imitation de la nature, un soutien moral pour les personnes qui n'ont pas d'enfant et n'ont plus d'espoir d'en avoir, elle ne doit pas détourner les personnes encore jeunes de chercher des consolations à leur solitude dans le lien le plus naturel, le plus conforme

(6) Rapport du prof. GALGANO, p. 171.

(7) Le projet (titre VIII) divise la matière en 2 chapitres : ch. I, de l'adoption et de ses effets; ch. II des formes de l'adoption.

au bien-être social et à la moralité publique, dans le mariage. Aussi le projet maintient-il pour l'adoptant l'âge de 50 ans : tout espoir d'avoir des enfants est alors perdu pour les personnes mariées, et pour les autres, l'idée de contracter mariage, anormale. Avant cet âge au contraire il y aurait à redouter la survenance d'enfants et les « dangers de perturbations plus ou moins grandes des rapports de paternité et de filiation fictive déjà constitués par l'adoption. La survenance d'enfants peut en effet amoindrir plus ou moins profondément chez l'adoptant le sentiment généreux qui le poussait au début et avait jusqu'alors imprégné les relations entre lui et l'enfant adoptif, et rendre de telles situations... désagréables ou intolérables. Elle peut donner lieu à cette situation de conflit plus ou moins intense entre enfants adoptifs et enfants légitimes ou légitimés que l'interdiction de l'adoption dans le cas d'existence d'enfants légitimes et légitimés visait à éviter »...⁸. Cette interdiction est de fait formellement portée par l'article 327 : « l'adoption est permise aux personnes qui n'ont pas de descendants légitimes ou légitimés, ont cinquante ans accomplis et au moins seize ans de plus que ceux qu'elles entendent adopter ».

Cette réduction de la différence d'âge appartient aux réformes destinées à atténuer les innombrables obstacles que le code civil posait à l'adoption : condition dérivée de l'idée que l'adoption crée un rapport de filiation analogue à celui qui dérive de la parenté selon le sang, son atténuation ne lui enlève pas ce

(8) Rapport du prof. GALGANO, p. 172.

caractère puisque selon le projet, l'âge matrimonial est justement réduit à seize ans pour l'homme; elle ne présente pas d'inconvénients étant donné l'âge de cinquante ans exigé de l'adoptant et l'interdiction d'adopter s'il y a des descendants légitimes ou légitimés ou des enfants adoptifs (art. 328) ⁹.

Le maintien de ces conditions, dans le respect des traditions n'est qu'un principe; chacune d'entre elles est tempérée d'une exception : « le juge tutélaire peut autoriser l'adoption même quand l'adoptant n'a pas atteint l'âge requis par l'article 327 ou qu'il dépasse de moins de seize ans l'âge de l'adopté si des circonstances spéciales le conseillent.

Il peut autoriser l'adoption même quand l'adoptant a des enfants légitimes ou légitimés, si l'adopté a été pendant au moins dix ans considéré comme enfant de l'adoptant, ou même s'il s'agit d'adoption d'un enfant de son conjoint, ou d'adoption de la part des deux conjoints à l'égard de l'un desquels seules existent les conditions établies par l'article 327 ».

Par le premier alinéa le projet évite les inconvénients de l'abaissement de principe de l'âge nécessaire pour adopter, il assure une plus large application, plus adaptée à chaque cas, et avec prudence : il exige en effet des conditions spéciales et parmi elles le rapporteur attire l'attention sur les cas où l'adoptant ne peut même avant l'âge prescrit avoir d'enfants (impuissance congénitale ou survenue, foyer resté stérile depuis de longues années) ¹⁰, « une ap-

(9) Art. 328 : « nul ne peut avoir plusieurs enfants adoptifs s'ils ne sont pas adoptés par le même acte, sauf s'il s'agit d'adoption des enfants d'un des conjoints de la part de l'autre conjoint ou d'adoption de ses propres enfants naturels reconnus.

(10) Rapport cit., p. 172.

plication trop large de l'exception... ne répondrait pas à la pensée du projet... la condition d'âge a un caractère essentiel et l'on doit s'en tenir à son observation, exception faite pour les cas dans lesquels n'en existe plus la raison d'être » ¹¹.

Le deuxième alinéa permet, même si l'adoptant a des descendants légitimes ou légitimés, l'adoption par un conjoint des enfants de l'autre, ou l'adoption par les deux conjoints dont l'un seul est dans les conditions légales. Cette marque de faveur est très explicable : l'enfant d'un des conjoints, veuf, n'est pas à vrai dire un étranger à la famille et son introduction n'y apportera pas de trouble; le conjoint adoptant veut dans son affection pour l'autre favoriser ses enfants, leur donner part à sa succession, la loi ne peut qu'être louée de seconder ces nobles sentiments. Elle lui permet, dans ce même but, d'adopter les enfants de son conjoint même s'il a déjà des enfants adoptifs, et dans ce cas l'exception est absolue; au contraire, en présence d'enfants légitimes, leur protection plus nécessairement rigoureuse nécessite l'intervention du juge : l'Etat en effet, s'il a intérêt à procurer à tous les enfants une meilleure assistance de la famille, ne doit pas tolérer que l'intérêt individuel d'un conjoint soucieux de capter l'affection de l'autre ne s'exerce au détriment de la famille : un mari pourrait en effet adopter les enfants naturels de sa femme, nous ne pouvons croire que ce soit là l'intention du législateur ¹².

(11) Rapport cit. p. 173.

(12) On peut dans ce sens tirer argument de l'art 328, il interdit d'avoir plusieurs enfants « sauf s'il s'agit d'adoption des

Cette même disposition permet encore au juge d'autoriser l'adoption, même quand l'adoptant a des descendants légitimes, si l'adopté a été pendant dix ans considéré comme enfant de l'adoptant. « Cette exception, d'une véritable utilité, témoigne du désir de faire régner la légalité dans la vie civile, car, dans les cas où se sont prolongés de vrais rapports de filiation et de paternité entre des personnes déterminées, il doit être donné de régulariser aisément cette situation par l'adoption » ¹³.

C'est néanmoins par cet ensemble d'exceptions et malgré le maintien de principe de conditions d'âge, d'absence d'enfants légitimes, légitimés ou adoptifs, en atténuer fortement la valeur : toute personne, même n'ayant pas l'âge requis, même mariée et ayant des enfants, peut adopter avec l'autorisation du juge et il nous paraît évident que c'est là une manifestation du concept-base du projet : l'adoption est une institution philanthropique, la famille doit collaborer intimement à l'œuvre d'assistance; c'est aussi donner à l'adoption plus de souplesse, et il est vraisemblable que l'affection des parents pour leurs enfants, le souci de leurs intérêt d'une part, l'intervention du juge tutélaire d'autre part, éviteront de multiples introductions irraisonnables, au sein de la famille, d'enfants étrangers, d'ailleurs souvent orphelins et parents de l'adoptant.

enfants d'un des conjoints de la part de l'autre ou d'adoption de ses propres enfants naturels reconnus ou déclarés ». La distinction des deux hypothèses : enfants du conjoint, propres enfants naturels, semble indiquer que le législateur exclut le droit au conjoint d'adopter les enfants naturels de l'autre.

(13) Rapport cit., p. 176.

Il n'est pas nécessaire en effet que l'enfant soit un étranger à l'adoptant; pas plus que le code actuel, le projet ne contient de dispositions strictes à cet égard, et les seules limites qu'il pose en ce domaine sont que l'enfant n'ait pas déjà été adopté par d'autres personnes, et qu'il ne soit pas adopté par son tuteur. La première de ces conditions exprime la volonté du législateur de ne pas voir se produire une superposition successive de paternités fictives, conformément au concept toujours subsistant que dans la mesure du possible l'adoption doit imiter la nature : son caractère d'institution d'assistance n'est aucunement entachée par cette prohibition, prohibition atténuée d'ailleurs puisque deux conjoints peuvent adopter la même personne; atténuation logique puisque l'un des buts de l'adoption est de combler les vides créés au foyer, d'atténuer chez les époux le chagrin de n'avoir pas d'enfants, et l'imitation de la nature, le caractère de bienfaisance reçoivent également satisfaction.

Néanmoins, malgré la faveur du législateur pour l'adoption, il n'a pu s'écarter de la prohibition portée contre le tuteur par le code actuel, prohibition dont la limite et en même temps le but nous sont donnés avec plus de précision par l'article 331 : « le tuteur ne peut adopter la personne dont il eut la tutelle sinon après avoir rendu le compte de son administration, fait la consignation du patrimoine, éteint les obligations à sa charge ou garanti leur exécution »; il faut éviter en effet que le lien de parenté créé par l'adoption ne se retourne au désavantage de l'enfant, emportant

pour lui une impossibilité morale d'exercer son droit de contrôle, malgré la fraude certaine du tuteur. Il est cependant permis de trouver la limite sévère, une moindre rigueur eût peut-être été désirable; l'intervention du juge tutélaire, par exemple, tout en garantissant les droits du pupille, eût en même temps permis à la personne souvent la plus attachée à l'enfant et la plus portée à adopter, avec l'intention la plus droite, de réaliser son généreux dessein; cette moindre sévérité eût été, nous semble-t-il, plus conforme à l'esprit du projet qui admet l'adoption des mineurs et des enfants naturels dans le but de donner à l'institution sa pleine efficacité d'institution d'assistance.

C'est surtout après la guerre que l'on aperçut le véritable cadre de l'adoption, et que le code, dans le plus absurde illogisme, lui enlevait sa plus naturelle raison d'être ¹⁴; parti en effet du principe que l'adoption est un contrat, donc basé sur le consentement conscient des parties, il interdit l'adoption des mineurs en bas âge en exigeant chez l'adopté l'âge de dix-huit ans. La pitié pour les orphelins de guerre avait cependant fait abolir en leur faveur une limite si rigoureuse ¹⁵; ce n'avait pas d'ailleurs été sans opposition ¹⁶. Et cependant, sans même évoquer ici le

(14) Dusi, *op. cit.*, p. 895, approuve cependant la rigueur du code.

(15) Décret-loi 31 juillet 1919 : le consentement pour les enfants était prêté par le comité provincial d'assistance; cf. DE RUGGIERO, *op. cit.*, p. 656, note 1.

(16) On avait objecté que c'était une dérogation sans nécessité au droit commun parce que l'on ne doit pas modifier l'état civil d'une personne sans son consentement sérieux. Del Giudice cité par POLACCO dans : *delle riforme da apportare all'istituto dell'adozione*, p. 2.

caractère philanthropique de l'adoption, il est plus logique d'admettre que, destinée à imiter la nature, elle remplit d'autant mieux son rôle qu'elle permet d'élever de jeunes enfants au sein de la nouvelle famille, de les y attacher par des liens d'affection en plus de ceux reconnus par le droit.

L'idée qui prévaut dans le projet, conforme à celle déjà exprimée par Mancini qui qualifiait l'adoption « d'institution morale et bienfaisante, lien d'affection et de gratitude entre les individus et parfois de rapprochement entre les classes sociales »¹⁷ l'amène normalement à reconnaître la validité de l'adoption des mineurs¹⁸. Après avoir fortement atténué les rigoureuses limites à l'adoption chez l'adoptant, le projet, logiquement, lui ouvre largement la possibilité d'exercer sa générosité : il le fera avec d'autant plus de joie, que l'adoption d'un jeune enfant lui permettra de lui donner l'éducation, la formation conforme à ses idées, d'en faire véritablement son enfant. D'autre part en dehors de toute question patrimoniale, c'est le mineur qui a le plus besoin de l'adoption, quand la perte de ses parents, l'incapacité où ils se trouvent de l'éduquer, le laisse recevoir l'éducation de la rue; plutôt que de le remettre à une institution d'assistance, où il ne sera souvent qu'un numéro, il est préférable dans son intérêt de le confier à un père ou à une mère généreuse qui

(17) Cité dans GIANZANA, codice civile, II, p. 190.

(18) Elle n'est pas admise formellement, mais l'article 333 donnant des détails sur la prestation du consentement parle « du mineur âgé de seize ans » et « du mineur âgé de dix ans ».

aura pour lui l'affection nécessaire dans la formation d'un enfant.

Ces idées furent, semble-t-il, absolument étrangères aux rédacteurs du code civil, et dans un souci, très justifié d'ailleurs, de moralité, ils interdirent l'adoption des enfants naturels¹⁹. Malgré l'approbation de cette interdiction par la doctrine, les rédacteurs du nouveau projet ne l'ont pas reproduite²⁰ : « la prohibition, explique le rapporteur, s'est révélée dans la pratique, presque complètement illusoire. Il est bien connu qu'un nombre important d'adoptions est constitué par celles des enfants naturels... La prohibition en outre, là où elle réussit à montrer son efficacité... se résout presque toujours au pur dommage des enfants. Les cas dans lesquels le père ou la mère naturels se décideront à recourir à l'adoption seront surtout ceux dans lesquels il seront détournés de la reconnaissance par des forces agissant sur eux de manière particulièrement forte et irrésistible. On pense par exemple à la mère qui ne veut pas, par la reconnaissance, avouer sa faute²¹. En de tels cas, le maintien absolu de la prohibition signifie pratiquement : enlever aux enfants malheureux toute possibilité d'être tirés de leur condition actuelle »²².

Ce sont donc des raisons d'opportunité qui ont ame-

(19) Art. 205 « les enfants nés hors mariage ne peuvent être adoptés par leurs père et mère ».

(20) C'était d'ailleurs le vœu de la sous-commission parlementaire pour la réforme du code civil : att. parl. 1923, doc. Cam. n° 2013.

(21) Le rapporteur semble ici s'écarter de la discussion, car il s'agit des enfants naturels reconnus, donc supposant le même aveu de la mère; les autres sont en effet des étrangers et la possibilité de leur adoption ne peut faire de doute.

(22) Rapport cit., p. 174.

né une telle réforme, sans que soient discutés les motifs moraux et juridiques dont la valeur avait amené la rigueur du code, rigueur logique, disait Dusi, car les enfants naturels sont légitimés, non adoptés; et s'ils ne pouvaient être légitimés, c'est-à-dire s'ils étaient adultérins ou incestueux, l'adoption se résoudrait en une fraude à la loi, élevant indirectement à la condition et à la dignité d'enfant légitime qui n'a pu y être élevé directement²³. Cette observation est d'autant plus fondée actuellement que la légitimation par décret royal est si largement ouverte aux parents naturels. Il est même dès lors presque difficile de s'expliquer la possibilité de l'adoption des enfants naturels : c'est peut-être la volonté de donner de l'utilité à l'adoption, c'est en tout cas certainement la démonstration évidente de la volonté du législateur de faire de l'adoption une institution d'assistance, d'éviter l'abandon de l'enfant, de lui assurer une éducation familiale, c'est le témoignage le plus certain de cette volonté de protection des nouvelles générations sur lesquelles il faut compter pour consolider le régime. La théorie juridique, en logique, puisque existe la légitimation par décret royal, aurait rejeté l'adoption des enfants naturels, mais l'intérêt de l'Etat à avoir des enfants bien formés n'admet pas, dans l'esprit du gouvernement, les oppositions de la théorie, qu'elle soit juridique ou morale.

Le projet n'a pas de disposition formelle qui admette explicitement l'adoption des enfants naturels : il se contente de ne pas reproduire l'interdiction du

(23) Dusi, *op. cit.*, p. 896 et s.

code actuel, et dans les deux articles 328 et 329, laisse entendre la possibilité de cette adoption. Après avoir interdit la pluralité d'enfants adoptifs, sauf des enfants de l'autre conjoint, l'article 328 ajoute « ou d'adoption de ses enfants naturels reconnus ou déclarés ». Et de même, l'article 329 qui porte interdiction pour l'enfant d'être adopté par plusieurs personnes fait exception « s'il s'agit d'enfants naturels reconnus ou déclarés de la part de leur père et mère ».

Il est vraisemblable que ces deux réformes fondamentales (adoption des mineurs, des enfants naturels) amèneront un accroissement du nombre des adoptions, mais elles impliquaient en elles-mêmes des modifications subsidiaires, puisque le projet en reste toujours au principe que « l'adoption se fait avec le consentement de l'adoptant et de l'adopté » (art. 322). C'est le principe qui avait arrêté les rédacteurs du code dans l'admission de l'adoption des mineurs et dont le respect rigoureux avait enlevé une grande utilité à l'institution : la rareté de son application en est la preuve manifeste. Dans le nouveau projet, il a fallu prévoir l'assistance du mineur, préciser la théorie du consentement.

Pour l'adopté mineur, de moins de seize ans, le consentement est donné par le représentant légal, mais — et conformément à la réglementation de la reconnaissance — le mineur sera entendu en tout cas, s'il a dix ans accomplis (art. 333, al. 1), respect louable de la personnalité de l'enfant, et il n'est pas

douteux qu'une aversion manifestée envers la personne de l'adoptant devra faire réfléchir le juge qui prononcera l'adoption. D'autre part, le changement d'état qu'implique la séparation, quoique partielle, de sa famille légitime nécessite l'intervention des parents : leur assentiment sera nécessaire « sauf si on ignore le lieu où ils résident où ils se trouvent, pour aliénation mentale, dans l'impossibilité de prêter leur assentiment ». Il eût été particulièrement en contradiction avec le but de l'adoption, institution de bienfaisance, d'exiger avec rigueur l'assentiment des parents qui ont peut-être abandonné leur enfant sans laisser de traces ou que leur incapacité rend absolument inaptes à remplir les devoirs de la paternité; l'adoption des enfants abandonnés leur évitera l'internement dans un hospice, elle n'eût pu rendre ce service si la nécessité du consentement des parents avait été absolue.

Pour l'adoptant, malgré le maintien de l'âge de cinquante ans, le projet a conservé, mais en l'atténuant, la nécessité, absolue dans le code actuel, du consentement des père et mère. Il est impossible de découvrir l'utilité d'une telle sévérité, elle n'est qu'un obstacle à l'adoption : c'est sans doute la raison qui la fit insérer dans le code civil, et adoucir dans le projet. Il dit en effet seulement « les père et mère de l'adoptant sont entendus sauf si on ignore le lieu où ils résident » (333, al. 3). Leur consentement n'est donc plus nécessaire à la validité de l'adoption; par là est enlevé le caractère excessif de la disposition

du code civil actuel, sans écarter les avantages que l'autorité homologante peut retirer de leurs observations; le respect pour les ancêtres correspond à une conception de la famille, qui, suivant beaucoup n'est plus moderne ²⁴, il ne peut qu'être utile à l'intégrité familiale, de même qu'il peut assurer une meilleure application de l'adoption; le juge tiendra compte des observations raisonnables : elles n'entraveront l'adoption que si le juge les estime sérieuses.

Le projet prévoit une hypothèse étrangère au code actuel : l'adoption d'un interdit ou par un interdit : « si l'adoptant ou l'adopté est interdit, le consentement est prêté par le représentant légal. S'il est faible d'esprit, non encore interdit, le consentement est donné par un curateur spécial nommé par le juge tutélaire. L'interdit ou l'aliéné est entendu autant qu'il est possible ». Le cas sera sans doute peu fréquent; il fallait en faire mention pour permettre à l'adoption de réaliser pleinement son nouveau rôle, car « dans ces cas l'adoption pourrait assurer à l'adopté une assistance de caractère familial, particulièrement apte à en adoucir les malheureuses conditions, à permettre d'en confier la garde et le soin au père ou à l'enfant adoptif et à en éviter l'internement dans un asile » ²⁵. Et dans tous ces cas, pour éviter les dangers d'adoptions frauduleuses ou par trop irréflechies, le projet prend un surcroît de précautions :

(24) Sur ce caractère moderne ou non des institutions familiales on consultera avec intérêt, COSENTINI : le droit de famille, essai de réforme.

(25) Rapport cit., p. 177.

« si l'adopté est un mineur en tutelle ou émancipé, le consentement du juge tutélaire est également nécessaire, sauf, en ce second cas, si l'adopté n'a pas pour curateur le père ou la mère.

Le même assentiment est requis si l'adopté ou l'adoptant est interdit judiciairement ou faible d'esprit, non encore interdit. Dans les cas prévus aux deux alinéas précédents, s'ils existent des parents de l'adopté ou de l'adoptant au quatrième degré ou des alliés au second degré, le juge entendra, s'il est possible, l'avis d'un ou plusieurs d'entre eux » (art. 336).

Cette dernière précaution tend à assurer la protection de la famille tandis que la première veut protéger l'enfant placé sous la tutelle d'un organe de l'Etat; elle montre bien que l'adoption est une véritable institution d'assistance, de bienfaisance, dont l'Etat surveille le fonctionnement comme il surveille le fonctionnement des autres institutions d'assistance; le juge voit son rôle déterminé dans ce sens, par l'article 363; il supprime la nécessité de vérifier la bonne réputation de l'adoptant, mais élargissant les pouvoirs d'appréciation du magistrat, lui donne une grande liberté : le juge tutélaire, après avoir pris les renseignements opportuns, vérifie si les conditions de la loi sont remplies, si l'adoption sera avantageuse moralement et économiquement, non préjudiciable à l'adopté mineur, interdit judiciaire ou faible d'esprit non encore interdit, et s'il y a de justes motifs pour l'adoption d'un enfant de la part d'un interdit judiciaire ou d'un faible d'esprit non encore interdit.

Ce n'est plus en effet la cour d'appel qui reçoit le consentement des parties et prononce l'adoption, mais un juge unique, création du projet dans son nouveau système de protection des incapables : la plus grande rapidité par suite de la suppression des formalités de procédure, la moindre complication et l'absence de frais sont autant de freins enlevés à la générosité des adoptants; l'instruction préventive du juge tutélaire pour laquelle il jouit de la plus grande liberté, permet de s'assurer que l'homologation sera donnée sur des bases sérieuses. Le libre arbitre du juge peut d'autant plus s'exercer que, maintenant la formule du code civil, le projet déclare que « le juge tutélaire, sans exprimer les motifs de sa décision, se prononce en ces termes : il y a lieu, ou il n'y a pas lieu à l'adoption » (art. 364).

Cependant cet arbitraire du juge tutélaire, malgré ses avantages incontestables d'utilité pratique, peut présenter de graves inconvénients : le juge assure le respect de l'intérêt de l'Etat, mais l'intérêt des familles est aussi en jeu, d'autre part l'intérêt de l'Etat, ou celui des familles peut être mal interprété ou mal réalisé par le juge unique qui apprécie la situation en toute liberté; aussi le projet prévoit-il un recours contre ses décisions : « contre les décisions du juge tutélaire, chacune des parties ou le ministère public peut, dans les trente jours de leur publication, faire appel au tribunal, lequel, après avoir accompli, s'il est nécessaire, des actes ultérieurs d'ins-

truction, décide en chambre du conseil, le juge tutélaire et les parties entendues, sans en exprimer les motifs ». Ce même article admet un recours plus contestable : « contre les décisions du tribunal est admis sur instance de chacune des parties, le recours en cassation pour vices de forme » (365), recours de pure forme, d'utilité douteuse, peu conforme à la ligne générale du projet en matière d'adoption : favoriser les adoptions, même dans les cas où elles apparaissent faire un inopportun double emploi avec la légitimation, dans l'intérêt des enfants, sans toutefois blesser la famille, tel semble le but de la nouvelle législation; pourquoi fallait-il que par un respect des formalités elle vînt apporter une restriction d'une nécessité douteuse ?

§ 2. — *Effets de l'adoption; Révocation.*

L'adoption, pure création de la loi, ne peut avoir d'effets que ceux que cette dernière détermine expressément. A la différence de l'adoption romaine, l'adoption moderne ne brise pas complètement le lien qui attache l'adopté à sa famille naturelle : vrai, dans le système du code actuel où l'efficacité de l'adoption se limite pour ainsi dire au domaine patrimonial, de telle sorte que l'on avait pu dire que chez elle prédominait le caractère de libéralité²⁶, qu'elle rentrait dans le domaine du contrat, ce principe n'est plus soutenable dans le système du projet actuel.

Le consentement des parties, nécessaire pour la

(26) Cité dans DE RUGGIERO, *op. cit.*, p. 656, 657.

formation de l'adoption, n'est plus le point de départ des effets, et ceci écarte déjà l'adoption de la nature simple du contrat. Dans le code, l'adoption produit ses effets du jour de l'acte de consentement, « *eṛga omnes* », si dans les deux mois du décret d'adoption, l'acte de consentement est annoté en marge de l'acte de naissance de l'adopté; si au contraire l'inscription a lieu en dehors de ce délai, les effets n'existent à l'égard des tiers que du jour où elle est effectuée ²⁷.

Le projet a conservé cette inscription, mais il s'écarte du système du code, plein d'inconvénients : « en vertu de telles dispositions, en effet, il est possible d'une part que les personnes qui ont créé rapport d'adoption aient, dans leurs rapports mutuels, l'état de père et d'enfants adoptifs et soient en même temps considérées comme étrangères dans leurs rapports avec les tiers, et d'autre part que cette situation se prolonge indéfiniment. Il a semblé plutôt incongru de présupposer que l'efficacité de l'adoption à l'égard des tiers soit soumise à l'observation de formes déterminées de publicité, et d'admettre en même temps que, quand de telles formalités ont été observées dans certaines limites de temps, l'efficacité en remonte, même à l'égard des tiers, à l'époque antérieure à l'accomplissement d'un acte (prestation du consentement) qu'ils peuvent avoir ignoré » ²⁸. Aussi le projet déclare-t-il : « l'adoption produit ses effets du moment de l'homologation par le juge

(27) Code civil, arts 217 à 219.

(28) Rapport cit., p. 179.

tutélaire », (art. 338) ²⁹ : c'est donc bien que le décret d'homologation perfectionne la volonté des parties, la complète et c'est de lui que découlent les effets. Les tiers n'auront rien à redouter car, outre la rapidité exigée pour l'inscription en marge de l'acte de naissance, le juge tutélaire a toute liberté d'ordonner dans leur intérêt toutes les publications utiles : « les décrets d'homologation de l'adoption, dit en effet l'article 366, doivent être, au soin du chancelier, inscrits aussitôt sur un registre spécial et communiqués à l'officier d'état civil pour l'annotation, en bas de l'acte de naissance de l'adopté, et sur celui de l'adoptant. Ils doivent en outre être publiés dans les lieux et les modes qui ont été indiqués dans les décrets mêmes ». C'est un souci de moins pour les parties : on n'exige plus d'elles que leur consentement; pour tout le reste les autorités civiles les remplacent et donnent aux parties, l'assurance que l'adoption portera effet à l'égard de tous, aux tiers, la sécurité, puisque l'adoption ne leur sera plus opposable rétroactivement à partir de l'acte de consentement qui n'est peut être pas venu à leur connaissance.

Cet acte, d'ailleurs, peut être révoqué jusqu'au prononcé de décret d'homologation, mais cependant si l'adoptant meurt dans l'intervalle « on peut accomplir les actes nécessaires pour l'homologation », et « à l'égard des droits de l'adopté sur l'hérédité de

(29) L'art. 337 d'ailleurs exige que les conditions légales (sauf la capacité de consentir) subsistent au moment du prononcé du décret d'homologation.

l'adoptant, on considère l'adoption comme survenue durant la vie de ce dernier » (art. 339). L'adoption reste donc malgré l'importance plus grande de l'homologation un acte de nature contractuelle : seule en effet la déclaration de volonté a eu lieu durant la vie de l'adoptant et cependant le plus important des effets patrimoniaux de l'adoption, le droit de succession, se réalise en faveur de l'adopté : il ne fallait pas qu'une mort inopinée vînt enlever toute valeur à la générosité qu'auraient certainement moins bien comprise les héritiers sans cette disposition formelle de la loi. Le nouveau projet n'a cependant pas voulu les négliger et il leur conserve le pouvoir que leur concède le code « de présenter au juge des mémoires et observations pour s'opposer à l'adoption » (339, al. 3).

Dans la nouvelle réforme des effets de l'adoption, d'ailleurs, le principe, presque absolu dans le code actuel, que le rapport de parenté ne se crée qu'entre l'adoptant et l'adopté, est fortement entaché par l'extension aux descendants de l'adopté des effets de l'adoption³⁰; dans le code actuel ils restent des étrangers pour l'adoptant, et c'était enlever une des utilités de l'adoption, une des joies de l'adoptant : « Un des motifs normaux en effet de ceux qui se décident à l'adoption, une des finalités de celle-ci est justement de permettre à l'adoptant de constituer avec

(30) Le principe est cependant formulé par le projet « l'adoption ne produit aucun rapport civil entre l'adoptant et les parents de l'adopté ni entre celui-ci et les parents ou le conjoint de l'adoptant, sauf les exceptions établies par la loi » (art. 341, al. 2).

l'adopté et ses descendants une nouvelle famille » ³¹. De plus, le projet, parti de l'idée de l'utilité réelle de l'adoption, veut en faciliter et multiplier les réalisations, il se devait normalement de tâcher d'en faire profiter le plus d'enfants possible et de leur offrir chez l'adoptant même célibataire la reconstitution d'un milieu familial. Cependant il n'a pas étendu de plein droit, à tous les descendants, les effets de l'adoption, car pour éviter des troubles, plus facilement concevables dans une famille que la nature n'a pas créée, il permet aux enfants de manifester leur volonté : « Les effets de l'adoption, dit ainsi l'article 350, s'étendent aux descendants de l'adopté nés après l'homologation et à ceux qui à cette époque n'avaient pas seize ans accomplis.

Ces derniers peuvent cependant dans la période de la seizième à la vingt-deuxième année demander au juge tutélaire que soit déclarée à leur égard la cessation des effets de l'adoption. Aux descendants qui, au moment de l'adoption ont seize ans, les effets de l'adoption s'étendent seulement s'ils y ont consenti et à partir de la prestation du consentement ».

Cette disposition prend d'autant plus d'importance que le second principe directeur des effets de l'adoption a reçu une assez forte atteinte. L'adoption en effet ne brise pas le lien qui rattache l'adopté à sa famille naturelle ³², mais sauf les exceptions établies par la loi « c'est-à-dire que contrairement au

(31) Rapport cit., p/ 181.

(32) Art. 341 « l'adopté conserve tous ses droits et devoirs envers sa famille naturelle... ».

système du code, l'adoptant aura la puissance paternelle sur l'adopté » ³³. Conformément à la nature de l'adoption, institution de bienfaisance, il fallait en effet accorder à l'adoptant, le moyen de former et d'éduquer l'enfant qu'il adopte. Mais la nature spéciale de la parenté qui se crée ne pouvait permettre que la puissance paternelle fût accordée avec la même ampleur que sur les enfants légitimes. L'adoptant aura les mêmes droits et devoirs envers la personne du mineur que le père légitime, mais afin d'éviter des inconvénients pour l'adopté, d'assurer que l'adoption soit désintéressée, les droits patrimoniaux dérivant de la parenté adoptive sont étroitement limités. Dans le mois qui suit l'homologation, le père doit faire l'inventaire des biens du mineur et le transmettre au juge tutélaire suivant les règles de la tutelle sous peine de la privation de l'administration légale ou de la réparation des dommages.

(33) Les autres effets de l'adoption sont substantiellement les mêmes que dans le code actuel : droit de succession, obligation alimentaire réciproque; l'adopté portera le nom de l'adoptant et sur ce point le projet contient une disposition très détaillée : « L'adopté porte le nom de l'adoptant et l'ajoute à son propre nom, à moins que les deux noms soient les mêmes, ou qu'il s'agisse d'adoption d'un enfant naturel, auquel cas l'adopté ne porte que le nom de l'adoptant.

Si l'adoption est faite par une femme mariée, l'adopté prend le nom de famille de la femme.

Si l'adoption est accomplie par deux conjoints, l'adopté prend le nom du mari.

Dans le cas où l'adoption accomplie par le mari est postérieure à celle accomplie par la femme, le nom du mari se substitue au nom de celle-ci.

Si le mari adopte un enfant de sa femme, l'adopté porte seulement le nom de l'adoptant.

Dans le cas d'adoption, de la part de la femme, d'un enfant de son mari, l'adopté conserve le seul nom de ce dernier.

Dans le cas d'adoption d'enfants naturels, accomplie par les père et mère, l'adopté porte le seul nom du père adoptif ».

Dans l'administration d'ailleurs, les règles limitatives de l'organisation de la tutelle³⁴ s'appliqueront au père adoptif; on a voulu par là donner plus de sécurité au mineur, « car le rapport de parenté qui découle de l'adoption est purement fictif et n'offre pas les mêmes garanties de désintéressement et de sollicitude qui sont le propre de la parenté vraie et propre »³⁵.

D'autre part, afin que la seule générosité soit à la base de l'acte de l'adoptant, que tout calcul d'intérêt soit évité, « l'usufruit légal n'appartient pas à l'adoptant sur les biens de l'adopté mineur » (art. 345). La situation est alors curieuse : on est en présence d'une puissance paternelle mitigée de tutelle, dans l'intérêt du mineur et pour permettre la surveillance de l'Etat, au moyen du juge tutélaire, comme il l'exerce sur les administrateurs des institutions de bienfaisance, puissance paternelle emportant plus de devoirs que de droits et n'entraînant même pas comme compensation aux charges de l'adoption, comme incitation même à la réaliser, le bénéfice de l'usufruit légal. C'est donc que cette jouissance reste aux mains du père légitime : son assentiment à l'adoption, et c'est peut-être la raison de cette disposition, ne lui coûtera rien; au contraire, toutes les charges lui seront enlevées, seuls les bénéfices pécuniaires lui resteront puisque, avec l'usufruit légal, il conserve aussi le droit de succession. Il est possible d'admettre la pureté d'intention du père

(34) Cf. *infra*, p. 177.

(35) Rapport *cit.*, p. 180.

adoptif envers son enfant, mais il est plus douteux qu'il mette un soin méticuleux dans l'administration du patrimoine de l'enfant pour l'avantage du père naturel, peut-être incapable ou indigne. C'est un moyen pour ce dernier de se débarrasser du fardeau de la puissance paternelle par cette délégation que réalise l'adoption : seulement l'usufruit légal perd alors toute justification, il n'est plus la contre partie des devoirs, puisque les charges sont assumées par l'adoptant, il n'est plus qu'une faveur injustifiée accordée à un père qui, peut-être par lâcheté, a abandonné son enfant. Et cependant la loi a voulu non seulement assurer la conservation du patrimoine, mais le respect du droit du père, en soumettant l'administration de l'adoptant à des règles d'une rigide précision.

L'adoption sera vraiment une institution à base de générosité, mais réservée aux classes riches car il sera impossible qu'une personne déjà pauvre, assume la charge, sans aucune contre partie, de l'éducation de l'enfant : c'est restreindre le cercle des adoptions en évitant toutefois sans doute le refus des parents naturels, mais c'est tabler sur la générosité pure et cet espoir réserve peut-être des déceptions, sans compter des heurts, inévitables semble-t-il, résultant de cette situation extraordinaire : le père adoptif chargé de l'administration, le père naturel en retirant les bénéfices.

D'ailleurs contre les manquements de l'adoptant à ses obligations, le législateur a prévu des sanctions :

la suspension ou la cessation de la puissance paternelle. Il a en effet permis le transfert de la puissance paternelle à l'adoptant, mais c'est dans le but de donner plus d'utilité à l'adoption à l'égard de l'enfant; si elle se retourne à son désavantage, elle doit être logiquement interrompue. Dans une telle hypothèse la solution du projet est générale et éminemment pratique : il donne au juge tutélaire toute liberté de décider suivant les circonstances. « Il se pourra que le milieu familial dans lequel l'adopté est venu à se trouver par effet de l'adoption soit profondément différent de celui de sa famille d'origine, et que soit profondément différente de l'éducation qu'il aurait reçue de sa famille celle à laquelle il est orienté chez l'adoptant » ³⁶; une disposition absolue eût été ici malheureuse; dans certains cas les parents naturels seront les plus désignés pour recevoir l'enfant; dans d'autre cas il faudra leur préférer des étrangers; aussi l'article 346 dit-il : « en cas de suspension ou de cessation de la puissance paternelle de l'adoptant, le juge tutélaire sur instance de l'adopté, de ses parents ou alliés, du ministère public et même d'office, donne les règles opportunes sur le soin de la personne de l'adopté, sa représentation et l'administration de ses biens ».

« S'il s'agit d'adoption faite par deux conjoints, en cas de suspension ou de cessation de la puissance paternelle du mari, la femme dans le mois de la sus-

(36) Rapport cit., p. 180.

pension ou de la cessation doit faire l'inventaire des biens de l'adopté. »

Mais la protection de l'adopté ne serait pas suffisante sans autres moyens de défense, surtout devant la suppression des précautions dont le code actuel entoure l'adoption. Ce n'est peut-être pas seulement l'inconduite du père adoptif ou son incapacité qu'on a à déplorer, mais une violation complète des obligations assumées par lui. Dans ce but le projet admet la révocabilité de l'adoption. La possibilité d'adopter les mineurs exigeait ce contre poids, et il ne fallait pas permettre non plus que l'adoptant soit victime de sa générosité. Un précédent législatif existait déjà, les mêmes discussions qui l'avaient accompagné furent reprises lors de la rédaction du nouveau projet. L'insertion d'une telle règle au code civil a une signification toute spéciale en effet en Italie : on citait en effet comme argument en 1865 contre le divorce, le fait que le lien familial une fois créé par l'adoption, il n'appartient pas aux parties de le dissoudre.

Mais l'adoption est une pure création de la loi, et il lui appartient de la former à son gré. Ce sont d'ailleurs, et le caractère moderne de l'adoption et les nécessités pratiques qui ont eu raison des objections juridiques opposées à la révocabilité : elle restera toujours l'exception, car le principe est posé que l'adoption ne peut être révoquée sauf les cas indiqués par la loi (art. 352), cas destinés à donner au mineur arrivé à l'âge de raison cette porte de sortie d'un état de famille qui lui répugne, à protéger

l'adoptant contre des abus graves de l'adopté. Dans l'intérêt de la stabilité des rapports familiaux créés par l'adoption, le consentement des parties, de même qu'il était inefficace à créer la parenté adoptive, sera insuffisant pour la résoudre; il faudra une décision de l'autorité judiciaire.

La première exception au principe de l'irrévocabilité de l'adoption a été introduite spécialement en faveur des mineurs : il a pu être adopté avant l'âge de raison, et à sa majorité, il peut désirer en finir avec des liens de parenté indésirables. La révocabilité est une conséquence directe et nécessaire de l'adoption des mineurs, elle est la réponse aux partisans de la restriction de l'institution aux majeurs parce qu'il faut pour admettre une modification si grave d'un état, un consentement sérieux et conscient³⁷; ce consentement n'est pas le fait des mineurs ni des aliénés, la possibilité qui leur est ouverte de demander la révocation lorsqu'ils seront en pleine possession de leur raison, constitue quand ils ne protestent pas, une confirmation tacite de la volonté de leur représentant légal. Cependant, à peine arrivé à la majorité, il est possible que le mineur par désir immodéré d'indépendance veuille répudier une adoption qui lui est avantageuse : le projet n'évite pas ce danger, il paraît même le favoriser puisqu'il exige la demande de révocation dans l'année de la

(37) VERDENAL : l'adoption dans la loi du 19 juin 1923, il cite cette phrase significative de TELLIER : « il résulte des travaux préparatoires que les auteurs du code Napoléon ont entendu faire de l'adoption un contrat irrévocable et voilà pourquoi ils n'ont pas permis d'adopter un mineur ».

majorité (art. 353). Il est évident que l'intervention du juge tutélaire qui prononce la révocation atténue ces dangers, mais elle ne les écarte pas absolument : le mineur pourra colorer de mots de sagesse son désir juvénile de pleine indépendance, le juge risque de s'y tromper.

C'est trop limiter la bienfaisance que de permettre qu'un simple enfantillage entraîne la cessation de ses heureux effets, et si l'on n'a rien à dire contre l'obligation faite à l'interdit de demander la révocation dans l'année à partir du moment où, après la cessation de l'interdiction, il a eu connaissance de l'adoption, il est impossible d'approuver la disposition correspondante exigeant du mineur une décision rapide dans l'année même de sa majorité (art. 353) ³⁸. Il sera entendu personnellement par le juge tutélaire : la procédure rappelle donc celle de l'homologation, montre la relation entre cette manifestation du consentement par le représentant légal et la répudiation par le mineur ou l'interdit en possession de leur raison.

Pour les deux autres cas de révocation, au contraire, c'est le tribunal qui prononcera la révocation sur demande de l'adoptant ou de l'adopté quand l'un ou l'autre s'est rendu coupable de faits d'une exceptionnelle gravité, contraires à l'essence même de l'adoption ³⁹. Mais tandis que l'adoptant ne peut agir

(38) La décision inverse fut prise par la loi du 19 juin 1923, en France et il est intéressant de lire le rapport de M. GUIBAL à la Chambre : J. O. 5 juin 1923, doc. parl. Chambre, annexe n° 5889, p. 840.

(39) Rapport cit., p. 182.

que dans des cas limitativement énumérés : « si l'adopté a attenté à sa vie ou à celle de son conjoint, de ses descendants ou de ses ascendants ou s'il s'est rendu coupable envers lui d'un délit contre les bonnes mœurs ou de tout autre délit punissable d'une peine restrictive de la liberté d'au moins trois ans » (art. 354), l'adopté peut encore agir pour d'autres graves motifs et s'il est mineur ou interdit « la demande peut être faite même par le juge tutélaire » (art. 355). Nous ne voyons pas la raison de cette distinction, si ce n'est qu'ouvrir trop largement l'action à l'adoptant, serait permettre à l'égoïsme qui a remplacé la générosité primitive de se manifester au détriment du mineur, aller contre la ligne générale du projet : l'adoption doit se prolonger, à moins qu'elle ne soit détruite en sa substance par un délit, tant qu'elle est favorable au mineur.

Dans ce sens, l'article 357 déclare que « en cas d'adoption accomplie par deux conjoints si l'adopté s'est rendu coupable envers l'un seul d'entre eux de l'un quelconque des faits prévus, les effets de la révocation s'étendent aussi à l'autre conjoint sauf si le tribunal, sur demande de ce conjoint, croit, pour de justes motifs devoir disposer autrement.

Si un seul des adoptants a donné lieu à la révocation réglée par l'article 355 les effets de la révocation ne s'étendent pas à l'autre conjoint, sauf le cas où le tribunal de ce conjoint ou de l'adopté croit devoir disposer autrement ».

Il n'est d'ailleurs jamais obligatoire que les effets

de la révocation s'étendent aux descendants de l'adopté : le juge a toute liberté pour le faire, guidé dans son appréciation par l'utilité de la continuation de l'adoption et le souci de la moralité publique. Ce souci est à la base du droit accordé au juge tutélaire de demander la révocation « pour causes attenant aux bonnes mœurs et à la morale » (art. 359), souci louable, car il n'est que trop évident que « les rapports entre adoptant et adopté peuvent complètement dégénérer, être en criante contradiction avec les bases mêmes de l'institution et absolument intolérables (par exemple concubinage entre adoptant et adopté) » ⁴⁰.

L'effet naturel de la révocation est la cessation des effets de l'adoption pour l'avenir (art. 360). Cependant « à l'égard des effets de caractère patrimonial, le tribunal sur instance des parties ou du juge tutélaire, peut, en tenant compte des circonstances de fait, décider qu'ils continuent à subsister en tout ou en partie » (art. 360, al. 2). Sans doute cet article vise-t-il le cas de révocation par faute de l'adoptant, afin que celui-ci par des actes volontaires de négligence grave, n'ait pas un moyen commode à sa disposition pour forcer le mineur à demander la révocation et se dégager des charges de l'adoption. Il serait inique au contraire qu'une faute grave de l'adopté (délit sur la personne de l'adoptant) lui permît cependant de jouir des effets patrimoniaux de l'adoption; quelque faveur que la loi

(40) Rapport cit., p. 182.

montre pour l'adopté, il nous semble impossible de songer à une telle solution qui blesserait la morale la plus élémentaire. L'article 361 semble d'ailleurs confirmer cette conception⁴¹ : les effets de l'adoption cessent du jour de la révocation, et cependant « si la révocation de l'adoption pour fait imputable à l'adopté ou à ses descendants a été prononcée après la mort de l'adoptant, ils sont également exclus de la succession de celui-ci ». Il est dès lors impossible devant cette solution exceptionnelle défavorable à l'adopté, mais juste et morale, que l'article soit rempli envers lui de la faveur la plus incompréhensible. L'intervention de l'autorité judiciaire permettra l'adaptation plus adéquate de la règle à chaque cas suivant la gravité des faits, et sans doute le remplacement du juge tutélaire par le collège judiciaire a pour but d'éviter des recours, en donnant aux parties la garantie de la procédure ordinaire.

Cette possibilité de demander la révocation servira de contre poids à la suppression des formalités et conditions de l'adoption, à la plus grande amplitude donnée aux effets, notamment au regard de la puissance paternelle : le juge tutélaire, armé de la faculté de faire révoquer, pourra exercer un efficace contrôle et suppléera ainsi soit à l'inertie des parties, soit à l'impossibilité pour l'adoptant d'agir en révocation parce qu'il ne se trouve pas dans l'un des cas précis indiqués par la loi; il se prévaudra de la gravité des faits, insuffisants pour justifier une demande de l'adoptant, mais qui entachent la moralité publique.

(41) Le rapport, à cet égard peu précis ne permet pas de tirer de nettes conclusions dans notre sens.

CHAPITRE IV.

LA PUISSANCE PATERNELLE ET LA TUTELLE

Le but essentiel de la famille, association naturelle des parents et des enfants, est d'éduquer, d'élever et d'instruire les êtres qu'elle a mis au monde, de les introduire, préparés et armés, dans les luttes de la vie. Aussi plus qu'en tout autre domaine, la religion et la morale ont un rôle prépondérant : la présence de préceptes sans sanction est un témoignage, du fait que la loi est incapable d'en assurer l'observation par la force. L'intérêt de la société cependant, ne permet pas à la loi de se borner à copier les principes de la morale : après avoir tâché de s'en imprégner, elle doit assurer le contrôle de l'observation des règles qu'elle a posées.

A cet égard la puissance paternelle a subi une intéressante évolution et telle, qu'il est possible, dans les solutions de la nouvelle législation, de la rapprocher de la tutelle. Ces deux institutions en sont venues à avoir même objet, et la différence de leur organisation tient seulement au fait que la puissance paternelle est un pouvoir protecteur naturel et principal, la tutelle au contraire, une création de la loi et supplétive. L'ingérence de l'Etat dans les rapports

familiaux se fait surtout sentir en ce domaine et sur les deux institutions dans le même sens : « dans cette matière si importante, puisqu'elle peut influencer sur la structure matérielle et morale de la famille et les destinées des jeunes générations, l'Etat n'a pas jusqu'ici tenu assez compte de l'intérêt social; l'Etat doit déployer une action plus énergique et directe pour que la famille corresponde à sa finalité sociale »¹. Cette phrase du député Meda, unissant la puissance paternelle, dans le programme qu'il traçait, à la nouvelle législation nous a persuadés de traiter en un seul chapitre deux institutions que le projet examine pourtant en deux titres différents². Il nous semble que ce rapprochement est significatif : à l'idée d'autorité indépendante s'est substituée celle de pouvoir protecteur. La tutelle d'ailleurs, quoique visant spécifiquement l'incapacité, a sa place dans le droit de famille, car ses règles supposent l'organisation familiale, montrent qu'elle n'est qu'une substitution de l'autorité familiale naturelle et vient de plus en plus à lui ressembler. Toutes deux prennent également fin pour une cause spéciale que nous étudierons ici, l'émancipation.

(1) Rapport du député MEDA sur le projet OVIGLIO (modification des codes en raison de l'unification législative). Séance 10 fév. 1923. Att. parl. Cam. doc. n° 2013.

(2) Le titre IX est relatif à la puissance paternelle, le titre X à la tutelle et à l'émancipation.

SECTION I

La puissance paternelle.

Il est impossible de comparer à la puissance paternelle de notre droit l'institution correspondante du droit romain : pouvoir de fait, absolu, il n'était pas exercé pour la protection du mineur, mais en raison de son appartenance au groupement familial et dans l'intérêt du « *pater familias* ». Le code civil italien s'est déjà largement détaché de cette conception; le nouveau projet, devant les plaintes des défenseurs de l'enfance³ et sous l'inspiration de la doctrine fasciste, a fait apparaître encore plus fortement l'idée de devoir, l'idée de pouvoir de protection dans l'intérêt de l'enfant, dans l'intérêt social à ce que les jeunes générations soient mieux préparées : la conséquence en est une intervention des autorités publiques sur l'exercice de l'autorité familiale, une précision restrictive des avantages patrimoniaux, l'attribution aux parents naturels de cette puissance paternelle contrôlée au lieu d'une sorte de tutelle légale comme dans le code actuel. Cependant l'institution n'a pas été modifiée substantiellement dans sa structure, mais davantage dans son esprit; nous le verrons en étudiant la puissance paternelle sur les enfants légitimes, puis sur les enfants naturels.

(3) Cf. Att. parl. loc. cit.; ou encore par ex. SEGRE, la protezione dell'infanzia contro gli abusi della patria potestà.

§ 1. — *La puissance paternelle
sur les enfants légitimes.*

On ne peut affirmer que la famille soit une personne juridique, mais il n'empêche que l'organisation familiale n'est pas seulement un assemblage de rapports juridiques individuels : on peut dire en somme que la famille est une communauté juridiquement non développée⁴, ayant sa volonté à elle et des intérêts différents de ceux de ses membres⁵. Comme telle, on entend la volonté du chef de famille dont la loi doit consacrer la valeur afin de donner plus de cohésion à l'organisation familiale. Elle doit préciser le titulaire de l'autorité familiale, autorité qui reste encore puissance, puissance non arbitraire sans doute, mais impliquant la liberté d'agir selon que l'intérêt familial l'exige; le maintien d'une telle autorité n'interdit pas un certain contrôle de l'Etat, mais l'exagération est ici facile et elle est pleine de dangers. Afin de préciser la conception actuelle de la législation italienne nous verrons comment le nouveau projet détermine le titulaire de la puissance paternelle, ses devoirs et comment il organise le contrôle par les autorités de l'Etat.

La puissance paternelle s'atténue, sans doute, avec

(4) BOHR : *Lo stato giuridico*, Bibl. di sci. politi. vol. VII, p. 302.

(5) Cf. Cicu, *diritto di famiglia*; cet auteur consacre de longs développements à démontrer le caractère organique de la famille « la famille est un agrégat de formation naturelle et nécessaire » ayant comme élément constitutif principal « un fait psychique », p. 77 à 81; il montre aussi l'existence de droits subjectifs familiaux, p. 90 à 106; d'un intérêt familial, d'une volonté familiale, p. 106 à 157. Pour la puissance paternelle cf. spécialement p. 127 à 139.

la majorité, il n'en reste pas moins que l'enfant devenu majeur reste membre de la famille, et le législateur en reprenant la formule du code actuel que « l'enfant, quel que soit son âge, doit honorer et respecter ses père et mère » (art. 367) affirme un principe de morale qui malgré l'impossibilité de sanction, ne pouvait disparaître dans une législation qui s'impose comme règle de conduite : la protection de la famille. Normalement l'affection naturelle dicte ce respect, manifestation de la reconnaissance de l'enfant envers les parents qui ont eu soin de l'éducation : en effet « le soin de l'enfant et l'ordinaire surveillance sur lui sont exercés par les père et mère » (art. 368) ; il est facile de compléter cette brève disposition par l'article 167 : il impose aux deux conjoints l'obligation d'entretenir, instruire, éduquer les enfants. Mais il est nécessaire de confier l'exercice à une autorité unique : c'est le père (art. 369) ; cependant en cas d'empêchement ou d'éloignement du père, la puissance paternelle est exercée par la mère, mais restreinte, car elle ne peut prendre de décisions graves à moins que l'éloignement ou l'empêchement soit durable. La souveraineté du père n'est donc plus exclusive ; son éloignement de la maison familiale constitue une sorte de délégation tacite ; il peut d'ailleurs formellement en déléguer l'exercice à la mère, mais cette délégation ne comprend pas de plein droit le droit de jouissance légale.

Il nous semble que la puissance paternelle a pris une signification différente exprimée par ces mots de l'article 368 : « les soins et la surveillance ordi-

naire » ; ce serait donc là l'essentiel d'une autorité qui semble se résoudre en une institution de protection des enfants. A cet égard, bien significative nous paraît être la suppression de l'article 221 du code civil qui prévoyait l'abandon, par l'enfant, de la maison paternelle, et le droit pour le père, en cas de nécessité, de recourir au président du tribunal pour l'y rappeler.

Aucune arme légale ne permettra plus désormais au père de maintenir son enfant chez lui ; alors que, dans d'autres dispositions, le projet montre l'importance qu'il donne à l'éducation familiale, il ne permet plus ici au père de s'y consacrer contre la volonté de son enfant, et le seul remède qui lui est donné contre son insubordination, c'est de l'éloigner de la maison familiale ou de demander au juge tutélaire de le placer dans une institution d'éducation ou de correction (art. 371) ⁶. La substitution du juge tutélaire au président du tribunal est heureuse : magistrat spécialisé dans les questions familiales, il décidera vraisemblablement avec plus de compétence et en tout cas avec plus de rapidité ; dans ce but, l'autorisation peut même être demandée verbalement, mais dans ce cas la mère doit être entendue. Le juge tutélaire n'interviendra ici que pour s'assurer que la volonté du père répond à un véritable besoin,

(6) Il faut cependant citer l'art. 180 du décret du 6 nov. 1926, n° 1848, (loi de sécurité publique) : « le mineur de 16 ans qu'il faut considérer comme oisif, vagabond... est dénoncé... au président du tribunal.

Le président après avoir pris les renseignements opportuns, ordonne que le dénoncé soit remis au père, à l'ascendant ou au tuteur avec l'ordre de pourvoir à son éducation et de surveiller sa conduite sous menace de paiement d'une somme qui peut aller jusqu'à 2.000 livres ».

à l'intérêt de l'enfant et c'est sans doute sur sa sage intervention qu'il faut compter même, pour ramener le retour de l'enfant vagabond dans sa famille.

C'est lui qui interviendra aussi dans l'exercice des droits patrimoniaux, maintenus les mêmes que dans le code civil : droit de représentation, droit d'administration, droit de jouissance légale. Le droit d'administration est plus amplement précisé : le père ne peut faire d'actes « excédant les limites de la simple administration » (art. 373) que moyennant l'autorisation du juge tutélaire et s'il s'agit de recouvrer des capitaux, le juge tutélaire en détermine l'emploi. Malgré cette précision des marques de défiance envers le père de famille, le projet maintient le droit d'usufruit légal (art. 377). C'est une disposition curieuse, dérogeant à l'idée bien préférable que le père doit agir par affection sans s'attendre à une rémunération⁷, en contradiction avec le principe d'absolue gratuité de la tutelle. Ce sera sans doute pour le père une incitation à une meilleure et plus sage administration puisqu'il en aura les bénéfices, et dès lors elle sera favorable à l'enfant; elle s'affirme en tout cas en réaction contre l'indépendance de plus en plus grande que tend à prendre chaque membre de la famille. Par là le droit d'usufruit se justifie très bien, surtout que le projet, outre qu'il impose au père les obligations d'entretien, d'éducation, lui interdit l'aliénation, l'hypothèque, le gage de son droit d'usufruit, en interdit la saisie aux créanciers sauf

(7) Cf. GASTAMBIDE : l'enfant devant la famille et l'Etat, p. 47 et s. COSENTINI, op. cit., p. 418 et s.

« dans les limites et les cas reconnus par le juge tutélaire » (art. 380). D'ailleurs ce droit d'usufruit cesse avec le second mariage du titulaire, mais cependant s'il a continué à jouir des biens de l'enfant, il ne sera tenu qu'à restituer les fruits existants au moment de la demande (art. 383).

La puissance paternelle d'ailleurs, est surtout établie sur l'idée de devoir : les droits ne sont accordés que pour permettre l'accomplissement des devoirs, et le contrôle de la justice sur l'exercice de ces droits, précisant l'intérêt de la Société à ce qu'ils ne servent pas aux seuls desseins individuels du titulaire, exprime l'idée que l'Etat ne peut tolérer les négligences ou les abus du père de famille. D'autre part, si la puissance paternelle sert à la protection des incapables, elle ne saurait être accordée qu'à une personne susceptible de remplir ce rôle; l'intérêt des enfants doit être sauvegardé. Le nouveau projet, et c'est la réforme la plus intéressante de la puissance paternelle, prévoit les différentes hypothèses afin d'assurer la bonne formation de l'enfant et la bonne administration de son patrimoine.

Le code civil actuel prévoit évidemment l'abus de la puissance paternelle, mais malgré l'idée exacte qui semble être à la base de la réglementation, c'est-à-dire de pouvoir libre, existant pour la poursuite de fins déterminées par la loi, les limites qu'il pose à l'arbitraire de l'autorité familiale se sont, dans la pratique, révélées insuffisantes et ne correspondent plus en tout cas aux conceptions actuelles de la législation italienne. Dans le nouveau projet, la déchéance

de la puissance paternelle prend nettement la figure d'une sanction du haut contrôle judiciaire, et précise le caractère de la puissance paternelle : basée sur l'affection, sur une présomption d'aptitude naturelle du père de famille, elle doit disparaître quand des actes qu'énumère le projet, démontrent que cette affection a disparu et avec elle la raison d'être de la puissance paternelle; l'intérêt de la famille, de l'enfant, de la Société sont en jeu, aussi « la déchéance de la puissance paternelle peut être prononcée sur le recours de la mère, des parents ou des alliés ou de l'enfant lui-même, pourvu que non mineur de seize ans, des comités de patronat pour la protection des mineurs, ou même d'office dans les cas suivants :

1° quand le père est condamné pour abandon, abus de moyens de correction, mauvais traitements, même à l'égard d'un seul de ses enfants;

2° quand, même sans avoir été sujet d'aucune condamnation, le père en raison de sa mauvaise conduite ou de ses habitudes de vie, comme en cas d'ivresse, de mendicité, de vagabondage ou de mauvais traitement, ou même de sévices ou de contrainte à un travail excessif, met en danger la santé, la moralité ou la vie de l'enfant;

3° quand en présence d'une condamnation ou de fautes de la mère, le père se montre négligent dans la surveillance ou la défense des enfants;

4° quand il néglige l'éducation de l'enfant en forme correspondante à sa condition, à sa fortune et à sa santé ».

Le père, comme tout autre organe de protection de

l'enfance, est donc sous le contrôle de l'autorité chargée de la surveillance des mineurs⁸, sous le contrôle de l'Etat puisque le juge peut prononcer la déchéance d'office; c'étaient d'ailleurs les personnes les plus désignées pour jouer ce rôle et non le ministère public comme le prévoit le code actuel.

Il est évident cependant que l'énumération des causes de déchéance laisse place à l'interprétation du juge et il est permis de la redouter : il n'aura pas à exiger pour prononcer la déchéance une condamnation déjà portée contre le père, mais seulement à apprécier la gravité d'abus, de négligence, sur la demande parfois de l'enfant mineur. Ce recours des enfants contre leur père n'est pas, nous semble-t-il, très heureux; il peut en résulter des scandales nuisibles non seulement à l'autorité paternelle, mais à la solidité même de l'organisme familial. Aucune sanction n'est prévue contre une demande faussement motivée : de la part de l'enfant, une telle faculté peut être considérée comme l'autorisation légale de manque de respect. Heureusement que comme contrepoids à l'ample possibilité des recours, le projet a établi une sorte d'examen préventif et secret de la validité de la demande : le recours en effet « doit être présenté au juge tutélaire, lequel, s'il le trouve fondé, peut suspendre le père, de l'exercice de la puissance paternelle, et référer au tribunal qui décide en voie définitive » (art. 385). Cette procédure a un double avantage : celui d'arrêter immédiatement et d'étouffer le scandale que

(8) Cf. *suprà*, p. 23.

pourraient produire des demandes sans fondement, de mettre fin, en supprimant les inconvénients de procédure, à la possibilité pour le père de continuer ses méfaits.

C'est vraiment ici un système de haute tutelle d'Etat sur le père de famille : le juge en effet pourra soit apprécier et transmettre au tribunal les demandes des parents, soit le saisir d'office et nul doute qu'étant donné le nombre des cas où il pourra le faire, ce ne soit une sérieuse atteinte à la liberté du père de famille; le danger d'une interprétation excessive apparaît principalement sur la nature de l'éducation donnée par le père (385 4°); le père doit en effet avoir le droit de donner à l'enfant la formation, les idées qui lui semblent les meilleures, il ne devrait pas être possible que sous l'influence de raisons étrangères au bien de l'enfant, mais favorables à l'Etat, ce droit sacré du père de famille fût lésé. Il faudra pour écarter ce danger une pleine indépendance du juge tutélaire, et il faut l'espérer, car la déchéance est d'une extrême gravité, « le père déchu de la puissance paternelle perd même le droit de consentir au mariage de l'enfant, à l'adoption, à l'émancipation » (art. 386). C'est sans doute en raison de ce caractère de gravité qu'on exige après l'appréciation du juge tutélaire, une sentence du tribunal devant lequel le père pourra se défendre suivant la procédure ordinaire. Il faudra sans doute prouver la faute du père, car cette déchéance qui prend la figure d'une véritable pénalité, exige sinon l'intention de nuire, du moins des actes ou des omissions en con-

tradition grave avec la présomption d'affection du père pour ses enfants, contraires aussi au but pour lequel ces pouvoirs lui ont été donnés par la loi.

D'autre part, le consentement que le père a donné au mariage fait supposer qu'il s'engageait en connaissance des charges et responsabilité futures et qu'il se jugeait apte à les supporter; or il se peut que dans la suite, indépendamment de sa volonté, un fait vienne à prouver qu'il est dans l'impossibilité soit mentale, soit matérielle de remplir ses devoirs. La présomption d'aptitude à élever les enfants, à administrer leur patrimoine tombera de plein droit : « le père, dit ainsi l'article 387, est suspendu de droit de l'exercice de la puissance paternelle quand il est interdit ou que l'absence en est déclarée ou qu'il est condamné à une peine restrictive de la liberté d'au moins un an ». Si l'interdiction judiciaire était survenue avant le mariage, elle l'aurait empêché; il est normal que dans l'intérêt des enfants incapables, la direction de la famille ne soit plus confiée à une personne qui malgré son affection est au regard de tous officiellement inapte à agir pour elle-même; quant à laisser à un absent ou à un prisonnier le soin des enfants, autant vaut dire que ce serait laisser vivre les enfants en dehors de toute autorité.

Dans tous ces cas le père est suspendu de plein droit, au contraire « il peut être déclaré suspendu pour absence présumée ou pour défaut mental qui n'a pas donné lieu à interdiction, et pour maladie habituelle.

La suspension judiciaire est prononcée par le juge tutélaire d'office ou à l'instance des personnes indi-

quées à l'article 385 » (art. 387). Cette disposition est plus grave car le juge peut se méprendre sur l'état mental du père, trompé par certains indices extérieurs, et il nous semble particulièrement pénible de voir un enfant demander la suspension de son père pour imbécillité. Cette suspension, fort heureusement, n'a pas le caractère d'une pénalité, c'est une simple mesure de protection puisque si elle enlève tous les pouvoirs et charges de la puissance paternelle, elle laisse au père l'usufruit (art. 388).

Ces deux sanctions, déchéance et suspension de la puissance paternelle, sont bien la sanction du devoir d'éducation et d'entretien que le père viole ou se montre incapable de remplir. Les deux articles qui suivent ne peuvent que nous en persuader; le premier (art. 389) répète ici une disposition que le code actuel insère comme une exception au droit de garde, elle prévoit que « même en l'absence des causes en raison desquelles on encourt la déchéance ou la suspension de la puissance paternelle, si l'éloignement de l'enfant de la maison paternelle est opportun, le juge tutélaire sur instance de la mère, des parents ou des alliés, ou de l'enfant lui-même pourvu que non mineur de seize ans, des comités de patronat pour la protection des mineurs, en décide de la façon la plus convenable sans exprimer aucun motif dans son décret »; au contraire « tant dans les cas de déchéance que de suspension de la puissance paternelle, le juge tutélaire, sur recours des personnes indiquées à l'article précédent, peut, pour des raisons d'opportunité, sans exclure le droit de la mère, prescrire les règles

opportunes sur l'exercice de la puissance paternelle ou disposer que l'enfant soit placé près d'une famille honorable ou dans une institution d'instruction ou de bienfaisance. En ce cas, il peut être établi à charge du père déchu ou suspendu, l'obligation de la pension envers la personne ou l'institution à qui est confiée la garde de l'enfant ».

Il est impossible dans l'un et l'autre de ces cas de parler de délégation de la puissance paternelle dans son entier : le second article est formel à cet égard, non seulement il réserve le droit de la mère, mais parle expressément de « garde » et soumet le père encore à l'obligation d'entretien. La première de ces dispositions permet de supposer que pour donner lieu à déchéance, les faits invoqués devront avoir une sérieuse gravité : il s'agit d'une mesure pleine de pénibles conséquences, le juge ne devra la prendre qu'en cas de nécessité puisqu'il a un palliatif aux fautes du père. La seconde est d'une incontestable utilité : il faut en effet penser au cas le plus fréquent où père et mère sont réunis sous le même toit : le père déchu n'en conserve pas moins une certaine autorité et il serait à redouter qu'aigri par la sentence de déchéance, il ne veuille interdire à la mère de s'occuper des enfants ou multiplie envers eux des actes répréhensibles encore plus nombreux que par le passé. Le juge pourra prendre les mesures opportunes et seulement sur plaintes qui lui seront adressées : l'impossibilité d'agir d'office évitera d'excessives précautions prises à priori ; le juge ne pourra agir qu'en cas d'utilité établie.

Afin d'ailleurs d'atténuer dans le temps le caractère exceptionnel de la pénible situation du père de famille déchu ou suspendu, le projet prévoit qu'il peut être réintégré dans l'exercice de ses droits, et les modalités de cette réintégration éclairent la différence de nature entre déchéance et suspension : la première est une peine, une sanction de fautes graves, la seconde un moyen de prévention contre des fautes et surtout l'incapacité du titulaire; la première entraîne la perte de la puissance paternelle, la seconde la perte, par principe même temporaire, de l'exercice. Cette différence est très nettement établie par ces deux articles du projet : « le père déchu de la puissance paternelle, dit l'article 391, peut dans les trois ans du jour de la déclaration de la déchéance, être réintégré par le juge tutélaire dans l'exercice de la puissance paternelle quand il prouve... l'accomplissement de toutes ses obligations envers l'institution ou la personne à qui était confié le soin de l'enfant. Le juge tutélaire doit vérifier l'amendement du père qui a fait une demande pour la réintégration et rechercher spécialement s'il n'est pas mû, en enlevant l'enfant à la famille ou à l'institution à qui il était confié, par un but de spéculation »; au contraire, « le père ou la mère suspendu de la puissance paternelle peut en tout moment être réintégré par le juge tutélaire dans son exercice s'il démontre la cessation de la cause de suspension ». Entre ces deux dispositions, il y a plus qu'une différence dans la sévérité du contrôle, elle n'est à notre sens que la manifestation de la différence de nature qui sépare la déchéance de la suspension.

Toutes deux sont la sanction du contrôle judiciaire sur l'accomplissement par le père de ses devoirs envers la personne des enfants, elles enlèvent au père la totalité de ses pouvoirs; la délégation judiciaire du droit de garde (art. 389) permet d'écarter pour l'enfant le danger d'une mauvaise éducation sans altérer dans sa totalité la puissance paternelle. Il en sera de même si le père accomplit de façon nuisible pour l'enfant, son devoir d'administration ou si un fait révèle son incapacité : la haute tutelle d'Etat que veut organiser le projet pour la protection des enfants n'eût pas été complète sans une telle prévision. Afin d'inciter le père à une bonne administration, le projet lui maintient l'usufruit légal, c'est là une faveur (la tutelle est absolument gratuite) et le père ne doit pas s'en montrer indigne. Au contraire « si le patrimoine du mineur est mal administré par le père, le juge tutélaire, sur l'instance de la mère, des parents ou des alliés ou de l'enfant pourvu que non mineur de seize ans, ou même d'office, peut prendre toutes les mesures opportunes, imposant au père les obligations inhérentes à l'administration et même éventuellement la perte totale ou partielle de l'usufruit ».

« La révocation de l'administration a lieu de plein droit quand est déclarée la faillite du père » (art. 391). Cet article ne parle pas de faute du père, ni même d'abus ou de négligence : il suffit que le père ne gère pas le patrimoine de ses enfants au mieux, soit par insouciance, soit par défaut de préparation ou d'expérience pour qu'il puisse être dénoncé au

juge tutélaire : « le juge prendra toutes mesures opportunes et imposera au père les obligations inhérentes à l'administration, c'est-à-dire qu'il enlèvera au père une part de cette indépendance naturelle qui le distinguait du tuteur : il le met sous sa surveillance. En cas d'administration volontairement mauvaise, sans doute le juge la sanctionnera de la perte de l'usufruit; en même temps qu'une peine, il faut certainement y voir une réparation, car les revenus appartiendront maintenant au mineur, assimilation avec le tuteur également tenu envers le mineur de la réparation de la violation de ses devoirs. Si le père est mis en faillite, cette déclaration équivaut à une attestation officielle de l'inhabilité du père dans ses propres affaires : la présomption d'aptitude du père à l'accomplissement de ses charges tombe, et en conséquence, de plein droit il est révoqué de l'administration du patrimoine de ses enfants, de même qu'est révoqué le tuteur en cas d'insolvabilité.

Le contrôle sur l'administration du père s'exerce donc tout d'abord par la nécessité d'obtenir l'autorisation du juge pour effectuer les actes importants; si malgré cela le père n'administre pas conformément aux intérêts de l'enfant, le juge lui dictera avec plus de précision sa conduite et sanctionnera ses écarts par des restrictions de son droit d'usufruit; s'il tombe en faillite il perdra avec l'administration de ses biens, celle de ses enfants; il y sera réadmis cependant s'il démontre que son nom est effacé du livre des faillis et qu'ont disparu les motifs qui

avaient provoqué la privation de l'administration et de l'usufruit » (art. 394).

Le contrôle persiste en cas de mort du père et il s'intensifie si l'un des conjoints vient à se remarier; le père à sa mort peut en effet par testament ou acte authentique établir des conditions à la mère survivante, pour l'éducation des enfants et l'administration des biens (art. 395); cette disposition affirme sans aucun doute la souveraineté du père, mais cette souveraineté limitée durant la vie de son titulaire ne saurait être absolue à sa mort; aussi la mère peut demander au juge tutélaire dispense des conditions posées par le père. Mais les dangers les plus graves pour les enfants résultent des secondes noces de leur père ou de leur mère : le code actuel ne prévoit que le remariage de la mère et la soumet au contrôle du conseil de famille; le nouveau projet au contraire soumet au contrôle du juge tutélaire tant le mari que la femme qui veut contracter de nouvelles noces; il « est tenu avant la célébration du mariage ou au plus tard dans les dix jours de la célébration d'en donner connaissance au juge tutélaire, lequel... peut ordonner l'inventaire des biens des enfants et établir des conditions à l'égard de l'administration des biens et de l'éducation de l'enfant » (art. 387). Cette disposition est plus logique puisque la défiance du législateur envers les secondes noces, s'exprime tant pour le père que pour la mère par la perte de l'usufruit légal, perte normale aussi, car l'usufruit sert à compenser les charges de l'éducation des enfants et les ennuis de l'administration; il ne doit pas être

utilisé par le père pour favoriser la nouvelle famille qu'il se crée. Si les deux époux n'ont pas averti le juge tutélaire de leur mariage, ils deviennent responsables in solidum de l'administration qu'ils ont exercée.

Mais il se peut que le conjoint survivant non remarié vive en concubinage : ce ne sont plus seulement les intérêts patrimoniaux, mais surtout l'éducation morale des enfants qui est en danger. Peut-être aurait-il suffi de la disposition qui prévoit la délégation du droit de garde, mais le nouveau projet n'a pas voulu limiter dans ce cas spécial les pouvoirs du juge et il lui laisse toute liberté : « si en effet le conjoint survivant vit maritalement avec une personne à laquelle il n'est pas marié, le juge tutélaire, sur l'instance des parents ou des alliés ou de l'enfant ou même d'office peut intervenir pour la protection des enfants » (art. 400).

C'est le dernier terme de ce haut contrôle judiciaire destiné à assurer que les pouvoirs confiés au père de famille soient bien exercés dans l'intérêt de l'enfant, que sa protection soit complète, et nous le retrouverons sur les pouvoirs des parents naturels.

§ 2. — *La puissance paternelle sur les enfants naturels.*

S'écartant des différentes législations en vigueur en Italie avant l'unification législative, le code civil crée un pouvoir spécial de protection des enfants naturels reconnus. Basé sur l'idée que si biologiquement, la situation des enfants nés de personnes non mariées est identique à celle des enfants nés en mariage, si

psychiquement, leurs rapports avec leurs parents peuvent être identiques, socialement leur situation est différente; le système de protection des enfants naturels conférant des droits et des devoirs à leurs parents s'appelle encore dans le code tutelle légale. En fait, ce pouvoir des parents ressemblait bien plus à la puissance paternelle qu'à la tutelle et n'avait pour ainsi dire de ressemblance avec cette dernière que le nom⁹ : lui sont en effet applicables les dispositions sur la puissance paternelle auxquelles le code renvoie, car il parle de la tutelle légale en traitant des effets de la reconnaissance et le projet ne s'est pas écarté de cet ordre.

Mais l'amélioration du statut juridique des enfants devait amener la suppression du mot tutelle légale, expression « impropre et surannée »¹⁰, et la consécration jusqu'à dans les mots du fait naturel du rapport de père à enfant qui s'établit quel que soit l'état des parents à l'époque de la conception : « le père ou la mère qui a reconnu son enfant naturel a sur lui les pouvoirs appartenant aux parents légitimes » (art. 287); c'est attribuer la puissance paternelle au père et à la mère, mais l'exercice au père seul avec tous ses droits; seul l'usufruit légal leur est enlevé, car « il n'a pas de justification suffisante en dehors de la famille légitime »; et cependant, sans la jouissance légale, le père ou la mère naturel doit entretenir, éduquer, instruire, orienter vers une profession son enfant naturel reconnu

(9) PIOLA : dans *Diritto civile* de Fiore, II Partie, vol. IV, *Persona in capaci*, p. 919, 923.

(10) Rapport du prof. SEGRE, p. 157.

(art. 289) et cet ensemble de droits et d'obligations s'appliquent également au père ou à la mère déclaré judiciairement, puisque la déclaration produit les mêmes effets que la reconnaissance (art. 314) ¹¹. Pousant d'ailleurs à l'extrême l'analogie entre parents légitimes et parents naturels, l'article 287, déclare expressément que « si la reconnaissance est faite par le père et la mère conjointement ou séparément ces pouvoirs sont exercés par le père », mais suivant une saine conception des besoins de l'enfant « le soin de l'entretien, de l'éducation, de l'instruction... appartient à la mère dans les sept premières années de l'enfant et ensuite au père » (art. 289).

Toutefois le nouveau projet prévoit une dévolution de plein droit de l'exercice de la puissance paternelle et le juge tutélaire peut prendre toutes mesures qu'il jugera utiles. Ainsi « en cas de mort, d'absence ou d'empêchement du père ou s'il... est déchu ou suspendu de l'exercice de ses pouvoirs, ceux-ci passent à la mère (art. 287); et même en dehors de ces cas le juge conserve une grande liberté : il peut édicter les mesures qu'il croit utiles pour l'éducation, l'instruction de l'enfant ou la protection de ses intérêts patrimoniaux » (art. 314), disposition générique que complètent d'autres attributions spéciales. Le père en effet, en principe, a l'exercice de la puissance paternelle, mais si l'intérêt de l'enfant l'exige, le tri-

(11) Il ne faut pas distinguer le cas de reconnaissance de celui de déclaration judiciaire pour diverses raisons, mais surtout parce que l'on rendrait nécessaire une recherche subtile, cas par cas, des motifs, du reste pas toujours purs et nobles, qui ont incité à la reconnaissance, et de ceux, pas toujours vils qui en ont écarté quelqu'un et l'ont déterminé à préférer affronter le sort d'un jugement ». Rapport du prof. SEGRE, p. 157.

bunal, après avoir entendu le juge tutélaire, peut attribuer à la mère l'exercice des pouvoirs qui appartaient au père, limiter les pouvoirs eux-mêmes ou même en exclure en cas graves les deux parents » (art. 288). De même, si dans les sept premières années le soin de l'enfant appartient à la mère et passe ensuite au père, c'est toujours sous réserve des dispositions que le juge tutélaire peut adopter en tenant compte des accords intervenus entre le père et la mère et de l'ensemble des circonstances » (art. 289). En un mot, le juge est l'arbitre de l'autorité à concéder au père et c'est sous sa protection plus que sous celle de ses parents que l'enfant se trouve placé : l'indépendance du père est fortement atteinte; il est vrai qu'il s'agit de parents naturels et que l'expérience avait révélé des cas extrêmement fréquents de mauvais traitements et d'abandon; cependant le projet aurait pu compter davantage sur l'affection du père qui aura reconnu son enfant et ne pas déguiser sous le nom de puissance paternelle une variété de la tutelle : il a élargi la dénomination et restreint le contenu. Il ne semble pas que le projet, trop préoccupé de la protection des enfants, trop prudent, ait assez pesé la portée du mot père, — il implique en effet affection, dévouement, — ni suffisamment aperçu les dangers d'une intrusion trop grande des autorités de l'Etat dans les rapports de parenté.

SECTION II.

La tutelle.

Le père et la mère disparus ou dans l'impossibilité de remplir leurs fonctions, les mineurs sans direction et sans protection ont besoin d'assistance. La tutelle dès le droit romain eut ce caractère d'institution de protection des incapables; elle était d'ailleurs une charge publique et conserva ce caractère dans l'ancien droit ¹². Le code Napoléon et à sa suite le code italien constituèrent une organisation tutélaire à base familiale : ce système paraissait alors le meilleur, préférable au système de la tutelle d'Etat, puisqu'il est à supposer que les parents dans leur affection auront plus à cœur de bien veiller sur la personne et les biens de l'enfant. Cependant l'expérience révéla que ces règles n'étaient pas suffisantes pour réaliser la protection que l'Etat doit assurer à l'enfant : le conseil de famille, centre du système, n'était souvent même pas convoqué, son caractère temporaire lui interdisait un contrôle effectif; d'autre part composé de parents souvent inexperts ou peu soucieux de se livrer à un contrôle qui les dérangerait ou engagerait la responsabilité du tuteur, leur ami, on avait pu dire que l'institution avait fait faillite ¹³.

(12) PIOLA, *op. cit.*, p. 942.

(13) CAPITANT, *Cours de droit civil*, t. I, p. 554.

Certainement en tout cas des réformes étaient nécessaires, et surtout pour rendre plus efficaces des préceptes qui restaient trop souvent une pure énonciation théorique, mieux répartir les tâches et les responsabilités ¹⁴ : c'était, dans un sens, plus ou moins modéré, l'avis de la doctrine italienne dont certains membres ne réclamaient rien moins que la transformation complète de l'organisation tutélaire, l'institution du juge des tutelles, spécialement chargé dans chaque circonscription de contrôler et même de faire fonctionner l'organisme. L'après-guerre donna une satisfaction partielle à cette opinion ¹⁵, et lorsque fut lancée en 1923 l'idée d'une réforme des codes, la commission chargée d'étudier les modifications à apporter au code civil se prononça en faveur d'un contrôle plus intense des autorités publiques sur le tuteur, tout en repoussant une réforme par trop radicale : « la force séductrice d'une telle conception, la tendance de la doctrine vers ce système (système du juge des tutelles) ne doit cependant pas nous précipiter à une hâtive réception de principes demeurés jusqu'ici étrangers à notre droit. Il faut tirer profit de l'expérience faite de ces institutions, en reconnaître les avantages, mais sans en laisser inaperçus les inconvénients; on ne doit pas perdre de vue nos con-

(14) Cf. DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, vol. 2, p. 681, note 1. STOLFI, *Diritto civile*, t. V.

(15) Loi 18 juillet 1917, n° 1143 confie la protection des orphelins de guerre outre qu'au conseil de famille, à un juge pupillaire, au comité national et provincial de protection des orphelins de guerre.

ceptions sur les rapports entre famille et Etat en matière de protection des incapables » ¹⁶.

Nous verrons si les rédacteurs du nouveau projet s'en sont tenus à cette conception de sagesse, ou si dans un régime où l'autorité de l'Etat ne laisse aucune autre autorité libre, le tuteur n'a pas vu diminuer son indépendance et ses prérogatives; l'étude successive des divers organes du système tutélaire actuel, et de l'exercice de la tutelle nous permettra de nous en rendre compte ¹⁷.

§ 1. — *Ouverture et organisation de la tutelle.*

Tandis que la puissance paternelle est un pouvoir naturel, normal, la tutelle au contraire n'est qu'une institution supplétive : elle exige pour apparaître, la disparition même de la puissance paternelle et se présente essentiellement comme une institution de protection des incapables. Le but de la nouvelle législation est précisément de renforcer ce caractère en opérant les réformes nécessaires pour assurer une plus efficace protection des intérêts matériels et moraux des mineurs privés de secours naturels de leurs parents.

La seule cause en effet qui donne lieu à l'ouverture de la tutelle c'est l'extinction de la puissance paternelle : « pour les mineurs, dit l'article 402, dont les père et mère sont morts ou ne peuvent pour une

(16) Rapport de la sous-commission, séance du 10 février 1923, att. parl. doc. cam. n° 2013.

(17) Rapport du président BISCARO, p. 185.

cause quelconque exercer la puissance paternelle, on ouvre la tutelle près la prêtre de la circonscription où se trouve le siège principal de ses affaires ». Ce n'est plus dès lors seulement la mort ou une condamnation pénale entraînant perte de la puissance paternelle qui donnera lieu à l'ouverture de la tutelle, mais toutes causes entraînant pour les parents impossibilité de remplir de façon utile pour le mineur les fonctions inhérentes à la puissance paternelle. Il n'y aura même plus besoin d'une déchéance ou d'une suspension du père et de la mère, il suffit qu'ils ne puissent « pour une cause quelconque » par exemple pour infirmités physiques, jouer leur rôle : on peut voir et peser l'atteinte portée à la puissance paternelle... le père, en effet, incapable d'agir pour ses enfants ne les aurait pas laissés à l'abandon, il eût chargé un parent, un ami de leurs affaires; la loi ne veut pas compter sur des probabilités, et, la famille n'assurant pas en mode absolu la protection de l'enfant, cette protection est confiée à un étranger.

Il est vraisemblable que l'on verra un beaucoup plus grand nombre de tutelles, surtout que le projet étend le nombre des personnes qui doivent dénoncer les faits qui lui donnent ouverture : à l'officier de l'état civil qui reçoit la déclaration de mort d'une personne, aux personnes désignées par le père ou la mère comme tuteur¹⁸, il ajoute « l'officier de l'état civil qui reçoit la déclaration de naissance d'un enfant né de père et de mère inconnus ou à qui est pré-

(18) Cf. code civil, art. 250.

senté l'acte de reconnaissance d'un enfant naturel mineur, et les chanceliers qui procèdent à la publication ou au dépôt dans la chancellerie de décisions qui ordonnent l'ouverture d'une tutelle ». Toutes ces personnes doivent dénoncer les faits qui viennent à leur connaissance « dans les dix jours », précision heureuse, substituant à la confiance du code dans le zèle de ces diverses personnes, une utile rigidité ¹⁹. Le projet n'a d'ailleurs pas la même rigueur envers les comités de patronage, constitués dans chaque commune pour assurer l'application des lois d'assistance. La mission de confiance que leur confie la législation assistentielle ²⁰ permettait au projet de se fier à leur diligence et il leur recommande seulement d'agir promptement; au courant plus que tous autres des faits dont souffrent les mineurs, leur collaboration sera extrêmement utile à une institution spécialement réformée pour s'adapter à une plus efficace protection des enfants. Aussi, faut-il les ranger avec le juge tutélaire, le tuteur, le protuteur, parmi les agents de la tutelle.

Quand les parents ne peuvent pas exercer la puissance paternelle, dit l'article 402, on ouvre la tutelle près la préture de la circonscription où se trouve le siège principal des affaires du mineur. Le lieu d'ouverture est donc déterminé de la même façon que dans le code actuel ²¹, mais là s'arrête la similitude :

(19) Le code actuel exige en effet seulement que ces personnes agissent « promptement », terme vague qui laisse accès aux négligences.

(20) Cf. supra, p. 40 et 41.

(21) Cf. code civ. art. 249.

tandis que le code y fait constituer un conseil de famille, le projet y crée un juge tutélaire. C'est en sa personne que sont centralisés « tous les pouvoirs de surveillance, de délibération et d'autorisation pour la constitution et l'exercice de la tutelle que le code actuel répartit entre le préteur, le conseil de famille, le tribunal, le procureur du Roi » ²².

Dès raisons d'opportunité conseillaient tout d'abord la suppression du conseil de famille et la réorganisation du système du code : la législation autrichienne en effet, appliquée dans les provinces, admettait le contrôle rigoureux du juge sur l'activité du tuteur, et, en faveur des orphelins de guerre, l'Italie avait créé un juge pupillaire. Ce sont surtout les inconvénients, largement exposés, du conseil de famille qui en ont amené la suppression : « l'institution, dit le rapporteur, a le défaut essentiel d'attribuer des fonctions délibératives dans toutes les affaires qui concernent les plus grands intérêts du pupille, dans lesquels les éléments d'ordre moral et économique sont souvent subordonnés à des éléments de caractère surtout juridique, à des personnes dénuées de culture juridique. Outre le péril, non chimérique certes... que quelques-uns de ses membres n'inspirent leur vote de leur propre intérêt... la situation créée au magistrat dans ces délibérations est certainement anormale, que son vote de juriste éclairé et impartial doive céder devant le vote éventuellement inté-

(22) Rapport cit., p. 180.

ressé de profanes » ²³. Mais s'il est vrai « qu'introduit au code Napoléon plus sous l'influence des principes de la Révolution en faveur du système électif qu'à l'imitation de quelques anciennes coutumes... le conseil de famille fut accueilli par toutes les législations qui prirent pour modèle le code Napoléon, alors qu'il n'avait pas de précédents dans la législation italienne antérieure à la codification » ²⁴; il nous paraît certain que l'influence des postulats politiques de la doctrine fasciste s'est fait sentir sur la réforme actuelle : la lutte contre l'individualisme exigeait la suppression d'une institution qui peut permettre à l'égoïsme de se satisfaire au détriment du mineur, l'existence d'une autorité qui pourrait ne pas employer ses pouvoirs conformément aux intérêts supérieurs de la Nation ne pouvait se comprendre dans un régime où toute autorité est intégrée dans l'organisation de l'Etat, dont l'intervention en tout domaine serait contrariée par cette autorité autonome élue. Cette centralisation des pouvoirs de surveillance et d'autorisation en la personne du juge est dans la ligne logique du projet, puisqu'il lui soumet déjà l'autorité du chef de famille.

On attend d'ailleurs de la réforme de multiples avantages : « unité dans la direction et dans la surveillance de l'administration de la tutelle et accen-

(23) Rapport cit., p. 188.

(24) Rapport loc. cit.; *Contra* PIOLA, op. cit., p. 963 : il montre qu'avant la codification deux systèmes étaient suivis en Italie : l'un admettait le conseil de famille, l'autre au contraire ne donnait à la famille, dans l'organisation tutélaire qu'un rôle subsidiaire.

tuation de responsabilités de la part du juge et du tuteur, économie de temps et de dépenses... » ²⁵, avantages certains, sans doute, mais la tutelle viendra maintenant à s'organiser complètement en dehors de la famille : son influence est limitée à l'avis de quelques parents, si possible; l'enfant est placé sous la haute tutelle de l'Etat par l'intermédiaire d'un fonctionnaire muni réellement de la puissance tutélaire aux pouvoirs extrêmement étendus. « Le juge tutélaire, dit en effet, l'article 403, exerce ses fonctions près de la prêtre; il veille sur les tutelles et curatelles ouvertes dans la circonscription de la prêtre et exerce les autres fonctions qui lui sont confiées par la loi » ²⁶.

Il est assisté dans l'exercice de ses fonctions par les comités de patronage des mineurs : ils joueront le rôle du conseil pupillaire autrichien, remplissant surtout la fonction d'office de renseignements : ils « aident le juge tutélaire dans l'exercice de ses fonctions ».

Ils doivent : 1° lui signaler les cas dans lesquels il faut constituer une tutelle ou une curatelle.

2° le renseigner sur les personnes aptes à en assumer la charge.

3° lui dire les aptitudes du mineur pour le choix d'un art ou d'un métier, son orientation aux études;

4° dénoncer les abus du tuteur.

(25) Rapport cit., p. 188.

(26) Parmi ces fonctions nous avons vu : le contrôle de la puissance paternelle, l'autorisation d'adopter même quand l'adoptant a des descendants, l'homologation de l'adoption.

Ces fonctions s'ajoutent à celles qui leur sont confiées pour l'application de l'œuvre de protection de la maternité et de l'enfance; le juge peut en outre leur confier la tutelle. A leur défaut, leurs fonctions peuvent être remplies par les congrégations de charité ou toute autre institution publique d'assistance (405).

Renseigné par ces diverses personnes qui doivent dénoncer le fait qui donne lieu à l'ouverture de la tutelle, le juge tutélaire doit aussitôt par décret procéder à la nomination du tuteur (art. 404). La tutelle en effet sera toujours dative. Cette réforme précise le principe nouveau, base de l'organisation de la tutelle : l'élément familial en est complètement exclu, « la protection de l'incapable tend à empêcher que par impéritie il ne dilapide ses biens, mais ne se préoccupe pas de le conserver à sa famille » ²⁷, curieuse affirmation alors que l'on a pu noter d'autre part l'importance attribuée, dans l'œuvre d'assistance, à la collaboration familiale. Quoiqu'il en soit ici, le système de protection des mineurs après avoir supprimé le conseil de famille, abandonne la tutelle des ascendants, car « il n'existe chez eux aucun droit à être nommé tuteur » et même la tutelle testamentaire. Cependant par respect pour la volonté du père, de même sans doute dans la pensée que son affection pour ses enfants lui aura dicté la nomination de la personne la plus compétente, la plus dévouée, le projet fait un devoir au juge tutélaire de

(27) Rapport cit., p. 189.

nommer tuteur la personne désignée par celui des père et mère qui aura exercé le dernier la puissance paternelle, sauf s'il s'y oppose de graves motifs » (art. 406). Ce n'est donc pas seulement une ratification de la volonté du chef de famille, mais une véritable nomination sur son indication, indication d'une valeur spéciale cependant, puisque seuls de graves motifs permettraient au juge de ne pas la respecter, bien différente de celle que pourra donner le comité de patronage et qui n'a que la valeur d'un simple avis (art. 406, al. 3). « A défaut de désignation par le père ou la mère, ou si pour un motif quelconque la personne désignée ne peut être nommée, le choix du tuteur se fera de préférence parmi les proches parents ou alliés du mineur qui, autant qu'il est possible, doivent être entendus par le juge » (art. 406 al. 2).

Ce n'est plus ici une obligation, mais une ligne de conduite conseillée, à laquelle le juge, arbitrairement, pourra, préférer une autre; il devra cependant avant de procéder à la nomination du tuteur entendre le mineur, afin sans doute de s'assurer qu'il n'y a pas d'antipathie formelle entre le mineur et la personne qui aura autorité sur lui, qu'il n'y a pas non plus de raisons spéciales (antagonisme d'intérêts, raisons de famille) qui s'opposent à la nomination de cette personne. De plus le respect, maintes fois déjà démontré envers la personne du mineur exigeait cette disposition, heureusement insérée d'ailleurs pour éviter les erreurs du juge, erreurs plus rares avec un conseil de famille, assemblée de parents au

courant de la situation familiale et des besoins du mineur.

Si le père a nommé plusieurs tuteurs, le juge choisit celui qui lui paraît le plus apte, car il n'est jamais nommé qu'un seul tuteur, même à plusieurs frères et sœurs, à moins que des circonstances particulières ne conseillent une solution autre; s'il naît un conflit d'intérêts entre mineurs soumis à la même tutelle, le juge tutélaire nomme à l'un ou plusieurs d'entre eux un curateur spécial avec charge d'assumer la représentation dans la négociation de l'affaire où se vérifie l'opposition d'intérêts » (art. 408).

Comme le tuteur, il prend quelque peu dans la nouvelle organisation le caractère d'officier public. On peut presque dire maintenant que la tutelle sort du domaine du droit privé : c'est un fonctionnaire de l'Etat qui est centre de l'organisation, ce sera une personne privée qui en sera l'agent actif mais le caractère éminemment « publicistico »²⁸ de l'office du tuteur est nettement exprimé par l'obligation qui lui est imposée « de prêter devant le juge tutélaire, avant d'assumer ses fonctions, le serment de les exercer avec fidélité et diligence » (art. 408, al. 3). Le tuteur devient donc une sorte de fonctionnaire assermenté, sa responsabilité s'en trouvera vraisemblablement aggravée, puisque, au dommage résultant d'une faute de gestion, il faudra ajouter la faute dérivant de la violation du serment. Nommé par le juge tutélaire, il ne reçoit l'investiture complète et offi-

(28) Rapport cit., p. 189.

cielle qu'après un serment de fidélité; cette garantie supplémentaire d'une bonne gestion met encore davantage le tuteur sous le contrôle du juge, elle est, surtout dans la nouvelle organisation, d'une utilité particulière : le tuteur en effet, étranger peut-être au mineur, nullement incité par des raisons de parenté ou d'affection à le protéger efficacement aurait été plus facilement porté à des abus ou à des négligences, sans ce serment qui le fera réfléchir sur la gravité de sa charge²⁹. C'est d'ailleurs un serment d'une nature un peu spéciale : la personne qui le prête, y est contrainte par suite d'une nomination que loin d'avoir demandée, elle aurait peut-être voulu éviter, et il ne semble pas qu'elle le puisse à moins de se trouver dans un des cas prévus par la loi qui la dispensent d'office ou sur sa demande.

Le nouveau projet retirant toute priorité aux parents dans l'office de tuteur, il n'est plus possible à un étranger de refuser la charge parce que sur le territoire de la commune il y a des parents ou des alliés susceptibles de la remplir : la tutelle devient ainsi presque une charge publique, un devoir dont tout citoyen peut être tenu sans pouvoir le récuser et dont il devra s'acquitter fidèlement; c'est la réquisition des personnes pour collaborer dans l'intérêt de l'Etat à l'œuvre de protection des incapables.

Seules quelques personnes peuvent avant de prêter serment demander à en être dispensées (art. 411 et 412); les différents cas où cette demande est pos-

(29) Sur ce point Cf. GASTAMBIDE, *op. cit.*, p. 193.

sible, pour incapacité ou pour incompatibilité, n'ont, de même que les cas d'exclusion et de dispense d'office de l'exercice de la tutelle, subi que de légères retouches pour les adapter à la nouvelle organisation politique et administrative. Certaines cependant présentent de l'intérêt : l'impossibilité pour la femme d'être chargée de la tutelle a été heureusement supprimée; c'est elle qui souvent est la plus indiquée pour cet emploi : dégagée des soucis professionnels, elle a plus de loisirs pour se consacrer à une œuvre si délicate, elle a aussi plus de compétence, car son expérience de mère lui permet de mieux remplir cette mission faite d'affections et de soins. Mais à part cette suppression d'incapacité, le projet renforce la sévérité du code, et l'on note avec plaisir la faculté d'exclusion réservée au père et à la mère de famille : la volonté familiale aura ainsi encore un rôle à jouer; elle ne peut nommer le tuteur, il était juste qu'elle puisse au moins écarter certaines personnes dont la nomination serait nuisible à l'intérêt de l'enfant.

Parmi les personnes dispensées d'office, il faut citer le premier ministre chef du gouvernement, en raison de la nouvelle organisation politique, et en raison du Concordat, les membres du Sacré Collège : de même les archevêques, les évêques et les autres ministres du culte ayant charge d'âmes sont ajoutés au nombre des personnes qui peuvent demander d'être dispensées de la tutelle. Cette demande doit toujours intervenir avant la presta-

tion du serment. Cette énumération limitative des cas d'exclusion ou de dispense, ne fait au fond que préciser le caractère de la tutelle : comme la puissance paternelle, elle est d'ordre public, le caractère obligatoire est seulement moins absolu ici et tolère des exceptions, mais rigoureusement limitées.

Ce n'est pas toujours d'ailleurs une personne privée qui aura la charge de la tutelle : pour les mineurs assistés, la tutelle n'appartiendra pas de plein droit à l'hospice ou à l'institution qui les avait reçus comme dans le code actuel, elle lui sera confiée par le juge tutélaire et elle s'exercera sous sa surveillance, ou même il est au pouvoir du tuteur de nommer au mineur un tuteur quand la nature ou l'entité des biens du mineur ou d'autres circonstances l'exigent (art. 414). Cette disposition se comprend : autrefois en effet le conseil de famille ne pouvait se réunir pour les enfants trouvés et, sans cette attribution légale de la tutelle, l'enfant serait demeuré sans représentant légal; aujourd'hui, au contraire, le juge exerçant son action dans un petit rayon, sera, sauf de très rares exceptions au courant des nominations à faire et il est préférable pour le mineur qu'il juge, suivant les cas, de la personne à nommer.

Mais une grave lacune de l'organisation tutélaire a été comblée : on néglige en effet trop souvent pour les mineurs de pourvoir à la nomination d'un tuteur et à la constitution d'un conseil de famille. Aussi dans une heureuse coordination de la tutelle et des lois d'assistance l'article 415 déclare que « la tutelle

des mineurs pauvres... peut être déférée par le juge tutélaire au comité de patronage des mineurs et à défaut d'un tel comité à la congrégation de charité de la commune de leur résidence ou à une autre institution ou association d'assistance publique de la commune de résidence du mineur. Ces institutions délègueront à cette fin un de leurs membres pour en exercer l'office ». Ces comités rempliront donc un double rôle, assistants du juge et en même temps soumis à son autorité comme agents actifs de la tutelle; à la fois surveillants et surveillés, ils ne font que remplir la tâche que leur ont confiée les lois d'assistance : assurer la protection des mineurs.

Il est une autre catégorie de mineurs dont le code ne s'occupe pas, ce sont les mineurs étrangers résidant en Italie et les mineurs italiens résidant à l'étranger. Le projet leur consacre deux intéressantes dispositions : « le juge tutélaire de la prêtre, dans la circonscription de laquelle se trouve le siège principal des affaires du mineur étranger résidant dans le Royaume, dès qu'il a connaissance de la nécessité de l'ouverture de la tutelle, doit en faire part à l'autorité diplomatique ou consulaire de l'Etat auquel le mineur appartient.

En attente de la constitution de la tutelle, le juge tutélaire peut prendre les mesures nécessaires pour la protection de la personne du mineur et pour la conservation et l'administration de ses biens.

Si les autorités de l'Etat auquel appartient le mineur ne pourvoient pas à la constitution de la tutelle,

celle-ci est constituée par le juge tutélaire et exercée en conformité des dispositions de ce titre, compte tenu des conventions internationales. Il est fait part immédiatement de la constitution de la tutelle au ministère des affaires étrangères pour les communications à l'autorité de l'Etat auquel le mineur appartient.

Il y a lieu à la cessation de la tutelle ainsi constituée quand le gouvernement de l'Etat auquel le mineur appartient donne connaissance de l'institution d'une tutelle en conformité de ses lois.

Pour la tutelle des mineurs italiens résidant à l'étranger, « l'autorité consulaire italienne qui a juridiction sur ses co-nationaux où se trouve le siège principal des affaires du mineur, exerce les fonctions de direction et de surveillance de la tutelle attribuées au juge tutélaire... » (art. 418).

Dans la tutelle, en plus de ces différents organes, le projet a maintenu le protuteur : sa nomination, son exclusion, les causes de dispense qu'il pourrait faire valoir sont réglées de la même façon que pour le tuteur. C'est lui qui agira pour le mineur quand le tuteur se trouvera en conflit d'intérêts avec son pupille, mais ce conflit n'étant pas à redouter quand le mineur est placé sous la protection des institutions d'assistance, il n'y a pas lieu dans ce cas à la nomination d'un protuteur (art. 419).

§ 2. — *Exercice de la tutelle;*

Après avoir maintenu le caractère unique de la fonction tutélaire, précisé et renforcé son caractère

obligatoire, le projet affirme, contrairement au code actuel, le principe de la gratuité de la tutelle. Le code actuel à cet égard établit seulement la dispense de la formalité du papier timbré pour les états annuels de l'administration du tuteur et la gratuité du ministère du prêteur et des membres du conseil de famille, disposition vraiment trop modeste que le projet élargit; il « pose le principe-axiome que le service de la tutelle doit être gratuit plus encore que de la part du tuteur, de la part de l'Etat pour qui le soin des incapables, qui est un des devoirs les plus sacrés de la Société, ne devrait pas constituer une source de revenus ».

Actuellement cependant, puisque la tutelle peut être confiée à un étranger à la famille, qu'aucune raison d'affection ou de parenté n'oblige à supporter les obligations personnelles ou patrimoniales d'une charge parfois encombrante, on aurait compris que, devenu presque fonctionnaire des services de protection des incapables, assermenté, recruté par réquisition, il reçût une rémunération; ce pourrait être même l'intérêt du mineur par exemple, si elle consistait en un tant pour cent sur les heureux résultats d'une bonne administration. Le projet n'a pas en vue cette conception; s'il prévoit en effet une juste rémunération, c'est sans aucun regard à la qualité du tuteur (étranger ou parent), mais uniquement en raison « de l'importance du patrimoine ou des difficultés de l'administration » (art. 445), circonstances que le juge tutélaire, avant d'accorder la rémunération, appréciera, strictement sans doute,

car il s'agit d'une exception à un principe formel.

Malgré cette gratuité, les obligations du tuteur n'ont pas été atténuées; son rôle a au contraire été précisé, son autonomie limitée afin d'assurer la protection des mineurs. Dans ce dernier but, pour éviter que le mineur ne souffre dans sa personne ou dans son patrimoine d'une absence de protection durant l'intervalle entre l'extinction de la puissance paternelle et l'entrée en fonction du tuteur « le juge tutélaire doit ordonner, soit d'office, soit sur requête du ministère public ou d'un parent ou d'un allié du mineur, les mesures urgentes qui peuvent être nécessaires pour le soin de la personne du mineur ou la conservation et l'administration de son patrimoine. Le juge peut procéder en cas de besoin à l'apposition des scellés... et à la nomination d'un tuteur provisoire » (art. 424). La rapidité de cette intervention est certes un des avantages de la nouvelle organisation, les communications de l'officier de l'état civil au prêteur, du prêteur aux parents pour les réunir en conseil de famille avec leurs longueurs et les pertes de temps inévitables sont ainsi évitées. D'autre part, en cas de tutelle vacante ou abandonnée, le protuteur doit faire procéder à la nomination d'un tuteur, avoir soin du mineur dans l'intervalle et accomplir les actes conservatoires et même les actes urgents d'administration (art. 423) : le tuteur entrant ainsi en fonction n'aura pas de fautes à réparer, le mineur ne souffre aucun dommage. Et ce rôle du juge est d'autant plus utile que le tuteur n'entre pas en fonc-

tion dès sa nomination : il lui faut l'investiture officielle; il faut qu'il soit pour ainsi dire installé, ce n'est qu'après avoir prêté serment que commence son office. Il lui impose la protection des intérêts matériels et moraux du mineur selon la formule traditionnelle « le tuteur a le soin de la personne du mineur, il le représente dans les actes civils et judiciaires et il en administre les biens » (art. 420).

Dans le gouvernement de la personne du mineur, tout d'abord, le tuteur doit demander au juge ses directives, avant même de commencer à agir : l'inventaire accompli, le juge tutélaire sur demande du tuteur et le protuteur entendu, délibère :

« 1° sur le lieu où le mineur doit être élevé et sur son orientation vers les études ou l'exercice d'un métier ou d'un art, ou d'une profession, le mineur entendu s'il a dix ans, et requis en cas de besoin, l'avis du comité de patronage des mineurs;

2° sur la dépense annuelle nécessaire pour l'entretien et l'éducation du mineur... » (art. 436).

La première de ces décisions du juge vient limiter considérablement l'autonomie du tuteur dans l'accomplissement de son devoir d'éducation : il n'est plus que l'agent d'exécution d'une mesure contre laquelle il ne pourra pas protester. L'Etat prend bien ici en mains l'éducation de l'enfant; il lui assure celle qui lui paraît convenable puisque, nous l'avons vu, si le père ne donne pas à l'enfant une éducation conforme à sa situation, il est déchu de la puissance paternelle. Mais cependant le mineur a ici son mot

à dire, prévision d'autant plus heureuse que le juge, et peut-être même le tuteur, étrangers au mineur ne connaissent pas ses goûts ni ses aptitudes; ils seront d'ailleurs encore conseillés par le comité de patronage des mineurs, souvent bien renseigné sur le mineur qu'il a peut-être déjà suivi en lui fournissant assistance.

Sous ces directives, le tuteur veillera sur l'enfant : il a sur lui le droit de garde ³⁰ qu'il peut exercer seul, sauf pour lui en cas de besoin, la possibilité d'appuyer son autorité sur celle du juge tutélaire. Le droit de correction appartient sur réquisition du tuteur au juge tutélaire : il lui est d'ailleurs recommandé, sauf s'il y a urgence, d'entendre le mineur, le protuteur et quelque très proche parent ou allié, de prendre toutes informations avant d'ordonner le placement du mineur dans une maison d'éducation ou de correction (art. 422). Cette même consultation des parents aurait dû, nous semble-t-il, être exigée, en dehors de ces cas anormaux, au début de la tutelle lors de la fixation de l'éducation du mineur et de son orientation professionnelle; la famille y est fort intéressée : il y a des traditions familiales très respectables; l'intervention des parents outre qu'elle porterait à les faire respecter, pourrait entraîner la décision du juge à une solution plus conforme à l'intérêt même de l'enfant. A dix ans l'enfant ne connaîtra

(30) Art. 421 « le mineur doit respect et obéissance au tuteur. Il ne peut abandonner la maison ou l'institution qui lui est fixée, sans une permission du tuteur. S'il s'en éloigne sans permission, le tuteur a le droit de l'y rappeler, recourant, au besoin, au juge tutélaire ».

pas lui-même, le plus souvent, ses aptitudes, et au-dessous de cet âge, le juge peut, sans qu'aucune règle légale vienne limiter son arbitraire, prendre les décisions les plus contraires aux désirs de la famille : aucun recours n'est donné contre lui. Aussi il est permis de dire qu'au point de vue du gouvernement de la personne du mineur, c'est le fonctionnaire de l'Etat, exerçant la haute tutelle, qui en a la direction.

Pour les actes importants regardant l'état du mineur, l'autorité tutélaire est cependant moins formellement aux mains du juge : « le tuteur, dit en effet l'article 440, ne peut sans l'autorisation du juge tutélaire : 1° donner son consentement au mariage et aux conventions qui y sont relatives, à l'adoption, à l'émancipation du mineur, ou exercer les actions concernant son état; en ces cas le juge doit, si possible, entendre les parents et alliés du mineur, au troisième degré... » ; c'est donc le tuteur qui donne le consentement, le juge qui l'y autorise, les parents qui influent sur cette autorisation : il s'agit en effet d'actes qui intéressent au plus haut point la famille, le mineur; l'exigence de cette collaboration du tuteur, du juge et des parents est extrêmement louable.

Outre ces actes que le tuteur ne peut consentir sans l'autorisation du juge conseillé par des membres de la famille, parce qu'ils modifient l'état du mineur, il en est un autre, qui, tout en modifiant la capacité du mineur, n'avait pas cette importance, ne nécessitait pas une telle sévérité : c'est la concession au mineur d'une certaine liberté de contracter. « Avec l'autori-

sation du juge tutélaire, le tuteur peut permettre au mineur âgé de seize ans de placer son travail, de stipuler les contrats qui y sont relatifs et d'exercer les droits et actions qui en dépendent.

Il doit aussi surveiller la façon dont le mineur emploie les gains de son travail... et il peut lui concéder la libre jouissance et l'administration des biens qui lui ont été légués ou donnés pour entreprendre l'exercice d'une profession ou d'un art. Le juge, peut, pour de graves motifs, révoquer une telle concession ». C'est en effet une faveur, mais bien en accord avec les réalités de la vie actuelle : il serait contradictoire, alors que le jeune ouvrier, généralement plus développé à seize ans que le jeune bourgeois, acquiert, en se suffisant par son travail, une certaine indépendance, de lui refuser, contre son intérêt, toute capacité juridique de passer des contrats de travail, de jouir de ses salaires. Cette concession de liberté ressemble dès lors à une émancipation partielle, accordée à un mineur qui s'en montre digne et réduisant le rôle du tuteur à la surveillance des actes que normalement il devrait accomplir lui-même.

Car « le tuteur représente le mineur dans les actes civils et judiciaires et il en administre les biens (art. 420) ». Dès son entrée en fonction, le tuteur, obligatoirement, doit procéder à l'inventaire et le terminer dans le délai d'un mois (art. 425) : cette obligation est la même que dans le code et aussi rigide ment sanctionnée par la réparation des dommages. Il faut cependant noter dans la confection de l'inventaire

l'intervention du mineur âgé de seize ans (art. 434), et l'obligation d'y comprendre même les biens dont l'administration a été confiée à un curateur spécial (art. 429), afin nous dit le rapporteur, que le tuteur puisse avoir une plus exacte connaissance de tels biens et en tirer une règle de conduite pour l'accomplissement de sa charge dans l'intérêt du mineur³¹. Les mêmes obligations de dépôt, dans une institution de crédit, de l'argent comptant, de la déclaration de ses créances, de la reprise d'une caution s'imposent au tuteur.

Son administration devra s'exercer suivant le principe formellement exprimé : « le tuteur doit administrer le patrimoine du mineur avec la diligence d'un bon père de famille » (art. 447); et à l'égard des capitaux mobiliers, le projet indique limitativement les placements de sécurité que doit opérer le tuteur après autorisation du juge tutélaire (art. 438). Il a d'ailleurs posé un principe, application de la règle de gestion en bon père de famille : « le tuteur doit investir de façon fructueuse le numéraire existant dans le patrimoine du mineur... » (art. 437). Quant aux autres actes importants (vente, hypothèque, acceptation d'hérédité, transaction), ils ne peuvent être faits sans l'autorisation du tuteur, et malgré la gratuité du service obligatoire, le projet établit spécialement, et en principe, la responsabilité du tuteur : « il répond envers le mineur de tout dommage qu'il lui a causé par la violation de ses devoirs. Le

(31) Rapport cit., p. 190.

protuteur encourt la même responsabilité pour ce qui regarde les devoirs de sa charge » (art. 447, al. 2). A part ces quelques précisions sur le rôle du tuteur, l'exercice de la tutelle reste soumis aux mêmes règles que dans le code civil actuel, en remplaçant évidemment autorisation du conseil de famille par autorisation du juge tutélaire.

Mais le caractère obligatoire de la tutelle, l'importance plus grande attachée à la protection du mineur ont fait prévoir des cas spéciaux de cessation de la tutelle, entraînant toujours pour le tuteur l'obligation de rendre compte. Le tuteur en effet peut être exonéré de son office au cas où cette charge lui serait par trop pénible et s'il y a une autre personne susceptible de le remplacer (art. 452). Cette disposition insérée pour atténuer tant le caractère gratuit que le caractère obligatoire, même pour un étranger, de la fonction tutélaire, se place certainement en dehors de tous les cas d'excuse qui ont pu être invoqués avant l'entrée en fonction et elle laisse au juge la plus grande liberté d'appréciation : aucun recours n'existe contre sa décision et dans l'intérêt du mineur le tuteur exonéré doit continuer l'exercice de la tutelle jusqu'à ce que le nouveau tuteur soit entré en fonction (art. 451).

Il se peut d'ailleurs que ce soit dans l'intérêt du mineur et non du tuteur que la révocation soit nécessaire. Le juge possède à cet égard un droit absolu : « outre les cas indiqués à l'article 410 ³², le juge peut

(32) L'article 410 prévoit divers cas d'exclusion ou de révocation de la charge de tuteur : différentes condamnations, faillite.

destituer de son office, le tuteur qui s'est rendu coupable de négligence, ou d'abus de ses pouvoirs, ou est devenu insolvable, ou s'est révélé inapte à remplir les devoirs de sa charge, ou a commis une action, même étrangère à la tutelle, qui amoindrit la confiance que tout tuteur doit inspirer; le juge ne peut le destituer qu'après l'avoir entendu ou régulièrement cité.

Dans les cas qui ne souffrent pas de retard, le juge peut suspendre le tuteur de l'exercice de la tutelle. Dans les cas moins graves, il peut adresser un sévère rappel (art. 453). Le tuteur apparaît dès lors sous la complète dépendance du juge tutélaire : plus encore, et c'est normal, que le père de famille. Celui-ci en effet s'il peut être suspendu par le juge ne peut encourir la déchéance qu'après une sentence régulière du tribunal; en matière de tutelle, au contraire, le juge tutélaire prononce déchéance comme suspension.

Et dans ces cas, comme dans les hypothèses de cessation normale de la tutelle, l'obligation de rendre compte s'impose au tuteur. Ce devoir, il doit d'ailleurs le remplir chaque année, et comme tous les actes de procédure de la tutelle, le compte annuel de la gestion est dispensé de la formalité du timbre. A la fin de sa gestion en outre, ou s'il est mort, ses héritiers doivent faire la consignation du patrimoine du mineur, et dans les deux mois sous peine d'une amende d'un maximum de deux cents livres par jour de retard, présenter le compte final de l'administration de la tutelle au juge tutélaire. Ce

compte détaillé ³³, n'est pas soumis à l'examen exclusif du juge tutélaire : en cette matière, il n'est peut-être pas très compétent, il dirigera le contrôle et il invitera pour examiner le compte et présenter leurs observations, le protuteur, le mineur devenu majeur et son représentant légal. S'il n'y a pas d'observations, le juge qui ne découvre aucune irrégularité ou lacune, déclare par décret le compte approuvé. Au cas contraire, il rend un décret de non approbation (art. 456). Les intéressés peuvent alors intenter les actions de reddition de compte ou en responsabilité devant le tribunal : leurs actions sont d'ailleurs soumises à la courte prescription de trois ans « afin d'éviter que la responsabilité dérivant de la tutelle ne reste trop longtemps en suspens et pour que les intéressés se hâtent de la faire établir » ³⁴.

La clôture de la tutelle comme son ouverture, la nomination du tuteur, sa destitution, le résultat des inventaires et toutes les mesures qui portent modification à l'état patrimonial ou personnel du mineur doivent être inscrites dans le registre des tutelles institué près de chaque juge tutélaire (art. 458).

La tutelle a changé de physionomie, on pourrait presque dire de nature juridique : il nous semble impossible de faire désormais de la tutelle une institution de pur droit privé. Elle s'attache plus préci-

(33) Art. 455 : « le compte final doit contenir l'état de consistance du patrimoine et le tableau des recettes, des dépenses et des avantages à réclamer. Il doit se terminer par une récapitulation et être accompagné des documents justificatifs sauf pour les comptes à l'égard desquels on n'a pas l'habitude de reporter de reçu ».

(34) Rapport cit., p. 192.

sément à la protection des incapables et prend l'aspect d'une institution de droit public : le tuteur est nommé par un organe de l'Etat, installé par lui avec son serment, contrôlé à chaque pas et même dirigé par lui : son autonomie, son indépendance en sont fortement atteintes. Aussi le principe de gratuité, nous semble, surtout dans l'état actuel, nécessiter de fréquentes exceptions : « time is money », et si cet axiome peut s'atténuer quand l'affection peut inspirer des actes de dévouement, il reprend toute sa force quand le protecteur du mineur est un étranger.

Le mineur, en ce cas, sera pour ainsi dire séparé de sa famille, et la nouvelle organisation à ce titre ne saurait recevoir tous éloges : partis des critiques du système de tutelle basé sur la collaboration familiale, les rédacteurs du projet ont complètement écarté le conseil de famille. Le plus grave reproche qu'on peut lui faire cependant est de ne pas fonctionner : il eût été facile d'assurer sa constitution et son fonctionnement, de mieux répartir les responsabilités, et de le soumettre plus intensément que dans le code au contrôle judiciaire. Mais l'Etat en Italie revendique plus de pouvoirs, et en confiant au juge la direction de la tutelle, il s'assure que cette institution remplira le rôle assigné à toute autorité comme à tout individu, qui est de travailler pour le plus grand bien de la Nation.

SECTION III.

L'Émancipation.

Déjà dans la tutelle nous avons vu que le mineur avec l'autorisation du tuteur et du juge tutélaire peut jouir d'une plus grande liberté : il fait sous la direction de son protecteur légal l'apprentissage de la liberté complète. Cependant, l'arrivée brusque de la majorité à vingt et un ans peut le trouver inexpert à se diriger lui-même, et le projet, malgré la peu fréquente application de l'institution, a conservé l'émancipation, peu modifiée en général, sinon pour attribuer une plus grande influence au juge tutélaire.

L'utilité, déjà contestée de l'émancipation, peut l'être davantage en Italie étant donné la nouvelle législation³⁵. Après avoir établi en effet que la majorité est fixée à vingt et un ans, l'article 4 dispose que le mineur âgé de dix-huit ans peut être déclaré majeur par le juge tutélaire. Cette déclaration de majorité interviendra sans doute, soit que le mineur ait besoin de sa majorité pour s'établir, soit que, sans aucune nécessité urgente, elle puisse cependant lui être utile et qu'il s'en soit montré digne. Supprimant tout stade intermédiaire entre incapacité et pleine capacité, cette déclaration pourra souvent remplir le but de l'émancipation, mais malgré sa simi-

(35) Le rapporteur (prof. GALGANO) déclare que des membres de la commission demandèrent la suppression de l'émancipation, p. 192.

litude elle ne joue pas pleinement son rôle : le mineur y devient en effet immédiatement maître absolu de ses droits, alors que l'émancipation au contraire initiant le mineur à l'usage de la liberté, est une sorte de stage, de noviciat ³⁶.

Elle revêtera, d'ailleurs une utilité spéciale même dans le système du nouveau projet; car, en opposition avec cette déclaration anticipée de majorité, il admet une prolongation de minorité jusqu'à vingt-cinq ans quand il apparaît avec certitude que « le mineur dans sa vingt et unième année, au terme de cette année, par suite de développement tardif, ne sera pas à la hauteur de ses affaires » (art. 4, al. 2). Un mineur pourra donc traverser différents états : la minorité simple jusqu'à vingt et un ans, l'émancipation partielle concédée par le tuteur, l'émancipation, la majorité atteinte par anticipation à dix-huit ans ou régulièrement à vingt et un ans à moins qu'une décision du juge ne la reporte à vingt-cinq. « Cette prolongation de minorité évite à la famille la pénible alternative ou de laisser le mineur accomplir des actes qui peuvent lui porter un préjudice grave et irrémédiable ou de le faire interdire » ³⁷. Pour décider de la prolongation de minorité, le juge tutélaire doit suivre la procédure de l'interdiction, elle évitera les abus, et il nous semble que rien n'empêche dans ce stade d'apprécier les facultés du mineur en lui donnant une capacité partielle et surveillée par l'émancipation; cette période de cinq ans

(36) PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, p. 631.

(37) Rapport du prof. MOROI, p. 33.

revêtra alors pleinement le caractère de stage et montrera s'il est nécessaire définitivement de recourir à la mesure plus grave de l'interdiction³⁸.

« L'émancipation peut être accordée par le juge tutélaire au mineur âgé de dix-huit ans, sur l'instance des parents, du tuteur ou du mineur lui-même, après avoir entendu en ce dernier cas les père et mère ou le tuteur » (art. 460). Cette disposition enlève au père de famille une de ses prérogatives : la puissance paternelle, pouvoir naturel, se voit ainsi renforcer son caractère d'ordre public, obligatoire; le projet ne veut pas qu'un père fatigué de l'administration et des soucis qu'elle lui donne veuille s'en débarrasser en émancipant son enfant. Il pourra, désormais, mais seulement au même titre que le tuteur, la demander : le juge appréciera de la même façon les demandes et s'il les estime conformes à l'intérêt du mineur, il y fera droit. Cette nouvelle disposition manifeste une fois de plus l'anti-individualisme de la législation : elle va jusqu'à enlever au père le droit d'accorder à son fils une faveur parce que cette faveur pourra n'être qu'une faveur déguisée, contraire aux intérêts matériels ou moraux du mineur. De plus si la puissance paternelle est un devoir dont seule la permission de l'Etat peut dispenser, elle est aussi un droit et il se pourrait que le père, pour conserver la jouissance légale, refuse d'émanciper son fils; le juge pourra déjouer ce calcul puisqu'il peut sur recours du mineur lui accorder l'émancipation.

(38) Les différents rapports sur le projet ne semblent pas avoir aperçu cette hypothèse.

Mais dans son intérêt même par respect de la volonté du père, cependant chef de la famille, au courant des besoins de tous ses membres le juge devra lui demander son avis, et ce n'est qu'en des cas très graves qu'il pourra passer outre et accorder l'émancipation sans ou contre le consentement des père et mère (art. 460, al. 2).

Le caractère même de la personne qui l'accorde fait de l'émancipation un acte de caractère solennel : elle n'est plus un acte privé car elle émane d'une autorité publique, prenant en mains les intérêts du mineur, même contre la volonté du père de famille; quand elle ne semble plus être la manifestation de l'intérêt familial, la volonté du juge tutélaire s'y substitue afin sans doute, que soient concordants les décisions familiales et l'intérêt de l'Etat. D'un autre point de vue, l'émancipation est un acte solennel : elle est soumise en effet à une formalité extrêmement utile, rendant facile aux tiers la connaissance de l'état du mineur; « les décisions par lesquelles le juge concède ou révoque l'émancipation doivent, aux soins du chancelier, être inscrites dans un registre spécial et communiquées dans les dix jours à l'officier de l'état civil pour l'annotation au bas de l'acte de naissance de l'émancipé » (art. 465).

Cette disposition ne s'applique évidemment qu'à l'émancipation expresse, et l'enfant conserve toujours le droit de s'émanciper, même contre le consentement de ses parents : il est en effet émancipé de droit par le mariage; or le défaut d'assentiment des parents est maintenant un empêchement susceptible de dispense et dans ce cas, c'est le procureur qui nom-

mera un curateur pour assister le mineur dans son contrat de mariage (art. 106).

En cas normal, c'est-à-dire de mariage contracté avec l'assentiment des parents, c'est le juge tutélaire qui nommera le curateur en suivant les mêmes règles qu'au cas d'émancipation expresse; contrairement en effet au code actuel, mais conformément avec l'organisation de la tutelle, il n'y a plus de curateur légitime : « si le mineur a ses père et mère vivants, le père est nommé curateur, et dans le cas où il est suspendu de l'exercice de la puissance paternelle, la mère.

Dans le cas où les père et mère sont séparés légalement, est nommé curateur le père ou la mère à qui le mineur a été confié » (art. 462).

Le mineur émancipé devient maître de sa personne, il peut accomplir seul les actes qui n'excèdent pas la simple administration; avec la seule assistance de son curateur, recevoir les capitaux sous la condition d'un emploi adéquat; pour tous les autres actes, il doit avoir l'autorisation du juge tutélaire qui prendra avis du curateur.

Comme dans le code, l'émancipation est révocable : c'est le juge tutélaire qui prononcera la révocation sur l'instance du mineur, de ses père et mère ou même d'office.

CHAPITRE V.

L'OBLIGATION ALIMENTAIRE

L'ensemble du droit familial n'est pas seulement composé de rapports personnels : des rapports patrimoniaux intimement unis à ces liens et présentant des ressemblances avec les institutions correspondantes du pur droit privé y apparaissent, tantôt attributs d'une puissance, tantôt conséquences logiques d'un rapport de parenté ou d'alliance. Parmi les premiers, il faut ranger le droit d'usufruit légal du père de famille, parmi les seconds l'obligation alimentaire, le droit héréditaire. Il est certes à regretter que les rédacteurs du projet n'aient pas encore, dans leurs travaux, atteint la matière successorale; car après la puissance paternelle, ensemble de droits et d'obligations d'ordre personnel et patrimonial, le droit successoral est sans conteste l'effet le plus important de la parenté. Néanmoins, il était nécessaire, après l'examen des différents effets de la parenté, de placer ici l'étude de l'obligation alimentaire manifestation caractéristique de la solidarité familiale; c'est d'ailleurs suivre l'ordre du nouveau projet lui-même. Répondant en effet à un plus grand souci d'une meilleure classification, les rédacteurs ont modifié sur

ce point le code civil : il traite principalement de l'obligation alimentaire à l'occasion des effets du mariage, sous le titre « des droits et des devoirs des conjoints à l'égard des enfants et du droit aliments entre les parents », et en quelques dispositions, disséminées, où l'obligation alimentaire se trouve mentionnée avec le devoir d'entretien, peut-être même confondus malgré leur nature différente.

Tout en laissant à leur place les dispositions relatives à l'obligation du mari envers la femme, des parents envers leurs enfants et réciproquement, afin de donner une vue immédiate et intégrale de leur statut familial, le projet contient une titre autonome qui réglemente les différents cas d'obligation alimentaire. Ce titre dépasse le cadre des rapports familiaux; nous nous en tiendrons à l'obligation alimentaire familiale, réunissant ici l'examen de toutes les dispositions qui lui sont relatives, tant celles réparties dans les différents titres du droit de famille, que celles contenues dans ce titre XII, sur « l'obligation d'aliments »; nous déterminerons ainsi les personnes qui en sont tenues, l'ordre dans lequel elles le sont, la mesure, les modalités et le caractère de cette obligation.

En tête de son titre sur l'obligation alimentaire, le projet pose un principe général, établissant la condition essentielle et nécessaire du droit aux aliments : « l'obligation légale d'aliments a lieu quand la personne à qui appartient le droit n'est pas en état de pourvoir à son entretien » (art. 500). Tout en fondant expressément le droit du créancier sur le besoin, cette disposition laisse donc justement place à

l'interprétation : une solution rigide n'eût pas été heureuse, et la possibilité d'appréciation laissée au juge n'est pas absolue. L'impossibilité en effet pour une personne de ne pas pourvoir à son entretien pourra guider le juge, selon le désir du législateur, vers une solution « qui, sans négliger les raisons de la solidarité humaine et familiale, donne une juste importance à la responsabilité individuelle et au devoir qu'a tout homme de produire avec ses propres forces avant de faire recours à travers les liens de famille au patrimoine d'autrui » ¹. Non inspirée de ces principes, la jurisprudence risquerait de faire d'une institution de charité un instrument de trouble de la vie sociale, favorisant l'oisiveté, le parasitisme.

Afin d'éviter ce danger, le législateur n'a fait subir que peu de modifications à la liste des personnes tenues au devoir d'aliments : « ni extensions, ni restrictions n'ont paru désirables, explique le rapporteur, il ne serait conforme ni au sentiment éthique ni à la longue tradition juridique qu'un frère laisse dans l'indigence la plus absolue son frère, ou pis encore sa sœur, ni convenable d'autre part qu'un neveu compte sur les revenus d'un oncle pour prendre du bon temps... Un élargissement serait contraire à l'esprit dont le projet est animé qui est celui d'exciter le sens de la responsabilité personnelle de chaque homme et de l'inciter à travailler non seulement dans son intérêt et celui de sa famille, mais aussi dans l'intérêt général de la Nation » ². Dans la parenté

(1) Rapport du prof. DE RUGGIERO, p. 205.

(2) Rapport cit., p. 206.

légitime, l'obligation existera à charge des deux conjoints, mais découlant du mariage, elle est subsidiaire du devoir de cohabitation de la femme et « l'obligation du mari de fournir des aliments à sa femme cesse quand celle-ci s'éloigne sans juste cause du domicile conjugal et refuse d'y retourner » et par une faveur peut-être trop grande, dans son unilatéralité, envers le mari, le même article concède à l'autorité judiciaire le droit d'ordonner au profit du mari et des enfants le séquestre temporaire des revenus paraphernaux de la femme (art. 166).

Entre parents en ligne directe, l'obligation existe à tous les degrés; en ligne collatérale au contraire, elle est limitée au premier degré et encore avec des restrictions. Outre la condition générale (ne pas subvenir à ses besoins) de la créance alimentaire, « l'obligation d'aliments entre frères et sœurs, qu'ils soient germains ou unilatéraux, n'a pas lieu, si ce n'est quand la personne dans le besoin ne peut avec son travail pourvoir à son entretien pour défaut de corps ou d'esprit ou pour une autre cause qui ne soit pas imputable à sa faute. » (art. 505).

« On a voulu, dit le rapporteur, mieux préciser le devoir de travailler, pour exclure que l'on puisse demander les aliments à un frère ou à une sœur riche quand, avec son travail, on pourrait subvenir à son entretien; on a cru opportun de mentionner également le fait de l'âge, comme cause qui empêche de se procurer les aliments, afin d'éviter l'autre excès : que quiconque a des moyens, veuille contraindre son frère ou sa sœur trop jeune à travailler quand... il ne serait

pas raisonnable, en ce milieu social et familial donné, que le mineur soit occupé en un travail rémunéré tandis qu'est en cours son instruction ou son éducation »³. Cette disposition est excellente et relève d'une meilleur conception de l'obligation alimentaire que celle de notre législation : il paraît inhumain qu'un frère puisse laisser son frère dans le dénûment alors qu'il est obligé de s'attacher à l'entretien d'aïeuls très éloignés qu'il ne connaît qu'à peine.

Cette plus exacte conception, et sans doute aussi l'idée d'institution d'assistance, base de la réforme de l'adoption, ont influé sur la réforme de l'obligation alimentaire entre parents adoptifs : dans les rapports entre l'adoptant et l'adopté et les descendants de ce dernier, auxquels s'étendent les effets de l'adoption⁴, on applique les dispositions relatives à l'obligation alimentaire entre ascendants et descendants légitimes (art. 348), c'est-à-dire que les descendants de l'adopté et l'adoptant sont réciproquement tenus à l'obligation alimentaire, et, devant l'exclusion de cette réciprocité en matière successorale⁵, il apparaît nettement que, obligation alimentaire et rapport successoral sont de nature différente : à la base de l'obligation d'aliments il y a une idée de charité, de solidarité familiale, d'assistance et l'intérêt du législateur à ce que ces sentiments se répandent lui a conseillé, et fort heureusement, d'en faciliter la manifestation.

(3) Rapport cit., p. 209.

(4) Cf. *suprà*, p. 141.

(5) Art. 349 « l'adoption ne confère aucun droit de succession à l'adoptant ».

Entre alliés, l'obligation est restreinte au premier degré et encore cette obligation réciproque entre beau-père, belle-mère, gendre et bru n'a pas lieu :

« 1° quand la belle-mère ou la bru y ayant droit s'est remariée » ;

« 2° quand le conjoint dont dérive l'alliance, et les enfants nés de son union avec l'autre conjoint et leurs descendants sont morts ». Dans le premier cas en effet, ce sera un nouveau moyen de subvenir aux besoins de sa femme, mais il est permis cependant de considérer cette disposition comme une marque de défaveur pour les seconds mariages, curieuse dans une législation si imbue de l'idée d'accroissement démographique. La seconde disposition dérive de la nature même de l'obligation alimentaire : basée sur l'interdépendance personnelle des membres de la famille, elle ne doit plus exister quand le lien entre l'époux survivant et la famille du prédécédé a été brisé par la mort.

Entre parents naturels, en cas évidemment de filiation légalement établie, le légitime souci d'atténuer la rigueur brutale du système actuel a conduit le législateur à étendre l'obligation d'aliments : tout d'abord parents et enfants naturels sont réciproquement tenus les uns envers les autres et de plus « le père ou la mère a envers les descendants légitimes de son enfant naturel, même prédécédé, la même obligation d'aliments qu'il a envers ce dernier » (art. 291). D'autre part, supprimant cette véritable barbarie qui permet au père de refuser les aliments aux

enfants naturels de son enfant⁶, le projet dispose que le père ou la mère est tenu aux aliments strictement nécessaires envers les enfants naturels de son propre enfant, légitime ou naturel (art. 291, al. 2). Les ascendants ne peuvent en effet, sans violer les plus élémentaires devoirs résultant des liens du sang, abandonner les descendants, même naturels, d'un fils ou d'une fille... Le législateur ne peut pas seulement compter sur l'impulsion spontanée des ascendants à secourir l'enfant naturel de leur enfant. En outre, les institutions qui pourvoient à l'assistance de la maternité et de l'enfance pourront exercer d'autant plus intensément et largement leur activité bienfaisante que les moyens nécessaires pourront être employés où vraiment le besoin l'exige, au lieu d'en être distraits pour subvenir à défaut de secours des particuliers »⁷.

Les deux buts de la réforme apparaissent dès lors nettement : donner aux liens de sang leur juste importance, éviter l'abandon matériel des enfants. Mais ce second but a pris nettement le pas sur le premier et l'on doit regretter que la réciprocité n'ait pas été établie en cette hypothèse : le père ou la mère de l'enfant naturel devront secourir ses descendants légitimes ou naturels, mais ceux-ci pourront les laisser mourir de faim ; illogisme, puisque le législateur, semble admettre l'existence d'une famille naturelle ; injustice, mais combien révélatrice du but éminemment social de la réforme.

D'ailleurs le législateur n'a pas voulu s'avancer trop

(6) LAURENT cité par PLANIOL et RIPERT, op. cit., p. 241.

(7) Rapport du prof. SEGRE, p. 158.

loin : l'obligation est limitée au strict nécessaire, et l'ordre de préférence indiqué ici en même temps que l'obligation montre qu'elle n'est que subsidiaire. Le père en effet est tenu envers les enfants naturels de son propre enfant légitime ou naturel, mais seulement « quand ils n'ont pas un conjoint ou des descendants légitimes ou des enfants naturels ou leurs père et mère naturels en état de les leur fournir » (art. 291, al. 2), et il en est de même envers les descendants légitimes de l'enfant naturel. Ce sera d'ailleurs la règle générale dans la parenté naturelle, puisque même l'obligation réciproque entre parents et enfants naturels ne sera que subsidiaire (art. 289, 290), conformément à l'article qui fixe l'ordre entre parents légitimes. « Les personnes qui doivent fournir les aliments sont obligées dans l'ordre suivant :

1° le conjoint;

2° les enfants légitimes, légitimés ou adoptifs en concours entre eux et à défaut d'enfants, légitimes ou légitimés, leurs descendants;

3° les père et mère légitimes ou adoptifs avec préférence des adoptifs sur les légitimes et à défaut de père et mère légitimes, les aïeux et les ultérieurs ascendants légitimes;

4° les gendres et les brus en concours entre eux; le beau-père et la belle-mère en concours entre eux;

5° les frères et les sœurs germains ou unilatéraux avec préférence des germains sur les unilatéraux.

L'ordre est donc le même que dans le code actuel, mais la liste des parents est plus explicite, et plus

complète⁸ : elle établit les enfants qui sont tenus : légitimes, légitimés, adoptifs, les distinguant des descendants ultérieurs et pose en outre que s'il en existe d'espèces différentes, ils sont tenus en concours entre eux. Parmi les ascendants, les père et mère sont distingués des aïeux, et aux cas de coexistence de parents légitimes et adoptifs, ces derniers sont tenus en premier lieu, et avec raison car l'adoption a pour but d'améliorer la condition sociale et économique des enfants; il serait injuste que, tombé dans le besoin, l'enfant dût se retourner vers le patrimoine de ses parents par le sang, tandis que les parents adoptifs se soustrairaient au plus élémentaire des devoirs imposés par l'adoption »⁹. Quant aux frères et sœurs, le lien le plus étroit qui unit entre eux les frères germains eût pu porter à réduire la quote-part des frères consanguins ou utérins, mais le désir de donner au droit du frère dans le besoin une rapide solution a inspiré au législateur la disposition la plus simple : appeler les frères germains les premiers¹⁰.

Il ne semble pas d'ailleurs que cette obligation alimentaire entre frères ait été, malgré son maintien dans le nouveau projet, vue avec beaucoup de faveur par le législateur : outre qu'il a précisé la condition spéciale nécessaire à l'existence de leur créance alimentaire, il oppose, au point de vue de l'importance

(8) Cf. art. 142 du code civ. « l'obligation d'aliments tombe en premier lieu sur le conjoint, en second lieu sur les descendants, en troisième lieu sur les ascendants, en quatrième sur le gendre, en cinquième lieu sur le beau-père et la belle-mère, en dernier sur les frères et sœurs ».

(9) Rapport, du prof. DE RUGGIERO, p. 206.

(10) Rapport cit., p. 207.

de cette créance, les frères et sœurs aux autres membres de la famille. A ces derniers en effet s'applique le principe général que « les aliments doivent être assignés en proportion du besoin de qui les demande et de la fortune de qui doit les fournir. Ils sont toutefois déterminés en mesure convenable telle, qu'elle permette que l'alimenté vive modestement de façon correspondante à sa situation sociale » (art. 506). Cette dernière phrase est une innovation importante susceptible d'empêcher des excès au cas où l'importance de la fortune du débiteur d'aliments inciterait le créancier à demander des aliments disproportionnés avec son besoin, car la mesure sera telle qu'elle empêche l'alimenté de mener une vie de luxe aux frais d'autrui, de se servir de la richesse d'autrui pour se donner l'aisance de qui la possède grâce à son travail ou à ses vertus d'épargne et de sage administration. Ce sera au juge de savoir trouver cette juste mesure qui, tout en donnant à la personne les moyens de vivre honorablement, ne puisse l'inciter à l'oisiveté ou à l'imprévoyance. Et cette crainte, dans une législation animée de l'esprit de devoir et du désir que tout homme travaille pour le bien de la Nation, s'avère plus grave dans les rapports entre frères et sœurs : entre eux « les aliments sont dûs dans la mesure du strict nécessaire pour les vêtements, le logement et ce qui peut être nécessaire à l'entretien.

Ils peuvent s'étendre aussi aux dépenses nécessaires pour l'instruction et l'éducation, s'il s'agit de personnes mineures de dix-huit ans » (art. 507).

Toute idée d'utilité sera absente de l'appréciation du juge, seule la nécessité devra le guider dans l'attribution d'aliments. Et ce danger d'oisiveté favorisé se révèle encore plus grave quand la personne qui a droit aux aliments mène une vie déréglée ou aggrave par sa faute son besoin : aussi dans ce cas, « le juge sur l'instance de l'obligé peut réduire les aliments dans la limite du strict nécessaire aux termes de l'article 507 » (art. 509). Disposition toute de justice et d'une grande utilité sociale : dans la société humaine en effet, qui ouvre des voies infinies à l'activité de l'homme, et exige la coopération de tous pour le bien-être commun, il ne peut être permis à quelqu'un de faillir à ce devoir élémentaire et de rester inactif en profitant de la richesse d'autrui ¹¹.

C'est là, pourrait-on dire, une cause morale de modifications de la créance alimentaire, mais il se peut que la transformation des conditions économiques exige également la réduction ou l'augmentation ou même la cessation de la fourniture d'aliments; le juge, comme selon le code actuel, aura la faculté d'y pourvoir (art. 508). Mais le projet développant logiquement cette idée, prévoit l'hypothèse où l'un des obligés antérieurs, jugé incapable au moment de la fixation de l'obligation alimentaire d'y être astreint, vienne par la suite à se trouver en condition de les fournir : le juge sur l'instance de l'obligé prononce la cessation de son obligation. Mais afin d'éviter que l'exonération de l'obligé actuel ne se retourne au détriment de l'alimenté, en amenant la cessation com-

(11) Rapport cit., p. 212.

plète de la fourniture d'aliments, l'article 508 ajoute que l'obligé antérieur devra être appelé au jugement et que la cessation de l'obligation ne sera prononcée que par la sentence même qui prévoit la nouvelle obligation garantie avec les soins opportuns.

Afin d'éviter également que des dissensions entre les obligés n'amènent un retard dans la distribution des aliments, le projet comble une lacune du code actuel. Le débiteur peut en effet remplir son obligation soit par la fourniture d'une pension alimentaire, soit en recevant chez lui le créancier d'aliments, le juge pouvant toutefois suivant les circonstances déterminer le mode de fourniture des aliments, et même afin de dégager le débiteur de l'obligation de versements périodiques, autoriser le dépôt dans une caisse publique d'un capital dont les intérêts constitueront la pension fixée. Mais il se peut qu'il y ait plusieurs obligés en concours entre eux; « chacun est tenu en proportion de ses moyens; et s'ils ne sont pas d'accord sur la façon de fournir les aliments, le juge établit un mode de prestations unique pour tous, si des circonstances particulières ne s'y opposent pas » (art. 510). Le même article rappelle ensuite une conséquence des principes généraux au cas inverse d'existence de plusieurs créanciers : « quand au contraire, dit-il, plusieurs personnes appartenant au même degré ont droit aux aliments envers un seul obligé et que celui-ci ne puisse les satisfaire toutes, la dette tombe pour l'excédent à charge des obligés ultérieurs dans l'ordre établi par les articles précédents ».

« En tout cas le juge, si des circonstances particulières le demandent, peut adopter les mesures qui répartissent avec équité la charge entre les divers intéressés ».

Le double souci de ne pas violer la justice, c'est-à-dire de ne pas aggraver excessivement la charge du débiteur, mais aussi de protéger l'alimenté devra guider le juge dans les difficultés de la pratique, suivant d'ailleurs l'exemple du législateur : la pension établie dans son quantum, et imposée à qui de droit, sera fournie par anticipation, mois par mois, à moins que le juge ne reconnaisse l'opportunité de fixer des périodes différentes, et l'obligé en tout cas ne peut jamais être tenu de renouveler la prestation déjà faite et reçue de l'autre partie (art. 512). C'est encore là réaffirmer le concept de la responsabilité personnelle, et du devoir de prévoyance et de travail qui s'impose à tout homme; la formule est tranchée : « en quelque cas que ce soit, le débiteur ne peut être tenu à renouveler la prestation déjà faite », elle met fin à l'opinion générale que l'obligation alimentaire ne s'éteint que quand son but, l'entretien de la personne, a été atteint, car cette opinion en permettant l'oisiveté et la légèreté de l'alimenté, est contraire aux principes fondamentaux de la nouvelle législation italienne.

Cette méfiance envers l'alimenté, la crainte de favoriser sa paresse ou sa prodigalité sont atténuées par le souci de donner à la prestation d'aliments toute son efficacité, de conserver son utilité à ce devoir de solidarité familiale; ce souci se traduit par

une protection du créancier contre tout retard de procédure, retard qui pourrait n'être qu'une manœuvre du débiteur. Aussi tout en posant le principe que la prestation d'aliments ne peut courir qu'à partir de la demande judiciaire, le projet déclare cependant que l'obligé peut toutefois être responsable des dettes contractées par l'alimenté pour son entretien, si par le fait du premier la demande a été proposée tardivement (art. 513). Et avant même toute sentence, le prêteur ou le président du tribunal peut provisoirement fixer une pension¹² et la mettre, en cas de concours entre plusieurs obligés, à la charge d'un seul, sauf son recours contre les autres. Ces mêmes principes s'appliquent aux cas de modification de l'obligation alimentaire et, expressément, l'article 515 établit que s'il y a urgence « le prêteur ou le président du tribunal décide par décret, sauf les déterminations définitives qui sont données par jugement sur l'instance de l'intéressé ».

Cette obligation dont la loi réglemeute avec tant de précision l'exécution, revêt des caractères spéciaux qui la distinguent des rapports patrimoniaux ordinaires entre particuliers : procédant de l'idée de solidarité familiale et d'assistance, elle ne peut naître que pour satisfaire le besoin d'une personne unie par un lien de parenté à une autre de capacité économique suffisante. Ce n'est pas seulement à l'intérêt individuel de la personne dans le besoin que la loi veut donner sa protection, mais à un intérêt plus élevé, l'intérêt

(12) La disposition correspondante du code exige « un cas d'urgente nécessité » (art. 145, al. 3).

familial et l'intérêt même de l'Etat; tout individu, en effet, a un potentiel d'utilité et la société se préoccupe de lui permettre de le mettre en œuvre; dans ce but elle secourt les indigents, les malades, mais de cette charge, si elle le peut, elle rejette le poids sur les parents, faisant de l'obligation alimentaire, conséquence du lien familial renforcé par la loi morale, une obligation juridique, d'ordre public. Dès lors, il est presque permis de dire que le droit aux aliments n'est pas un élément actif du patrimoine de l'alimenté : il ne peut en disposer d'aucune façon. C'est la solution qu'affirme expressément le projet : il protège le créancier d'aliments contre lui-même et toute pression du débiteur, de même que contre toute action de ses créanciers : il prononce ainsi la nullité de tout pacte par lequel est faite une renonciation totale ou partielle (ce qui exclut la transaction) au droit d'aliments (art. 516) et d'autre part affirme le caractère d'incessibilité et d'insaisissabilité de la créance alimentaire; il empêche les manœuvres du débiteur qui lui permettraient de tourner la loi en déclarant que « l'obligé ne peut opposer à l'autre partie la compensation, même quand il s'agit des arrérages » (art. 517).

Ce sont là avec l'intransmissibilité les caractères de cette obligation : de solidarité la loi ne parle pas, et elle ne se rencontre qu'à l'état d'exception et encore après une décision spéciale du juge (art. 511). Elle eût peut-être été utile au membre de la famille dans le besoin, mais le souci sans doute de ne pas aggraver la charge des parents tenus à la dette a conduit

le législateur à une solution que tempèrent les pouvoirs concédés au juge. Ce souci, de même que l'idée de charité et d'affection familiales, base de cette obligation, ont amené le législateur à prévoir outre la mort de l'obligé, une autre cause d'extinction de l'obligation : elle cesse, nous dit l'article 518, « si l'alimenté se rend responsable d'un délit contre l'intégrité personnelle, l'honneur ou la liberté de l'obligé ». L'analogie est certaine, quoique imparfaite, avec les cas d'indignité en matière héréditaire, et d'ingratitude en matière de donation : l'obligation alimentaire est en effet un devoir moral, un devoir juridique¹³ à charge des parents proches, mais si le projet a sans cesse évité qu'elle ne favorise l'oisiveté, il n'était que logique qu'il n'en fit pas un devoir contre nature, devoir qui répugnerait à l'obligé comme à la conscience publique.

(13) Cf. *infra*, l'extension donnée à cette idée par le code pénal, p. 355.

DEUXIEME PARTIE

LES DELITS CONTRE LA FAMILLE

La plus que trentenaire expérience du code pénal de 1889 avait prouvé son insuffisance et fait naître dans tous les esprits le désir d'une révision totale¹ : les modifications sociales au moment de la guerre, l'augmentation de la criminalité faisaient gagner du terrain à cette idée, inspirée de l'objectif d'adapter les institutions pénales aux nouvelles exigences de la défense sociale². La nouvelle conception politique, sociale, de l'Etat, propre du nouveau régime, ne pouvait laisser subsister un code qui ne se ressentît pas de son influence, ne satisfît pas les exigences de l'Etat.

L'Italie s'offensait d'avoir une législation pénale en retard sur les pays étrangers qui l'avaient précédée dans la voie de la réforme, et l'opinion pressante en faveur de la confection d'un nouveau code pénal se manifestait par les différents projets présentés au

(1) Cf. rapport du ministre Rocco : *Lav. prep. cod. pen.* vol. I, p. 11, ou rapport de DE MARSICO, p. 33.

(2) *Scuola positiva*, mai-juin 1930, p. 223-226 : « la réforme de la législation pénale était désormais acquise à la conscience nationale.

Parlement tant avant la guerre que depuis³. Le succès de l'école positiviste lui avait valu à la présidence de la commission, nommée dès après guerre pour la rédaction du code pénal, la présence d'Enrico Ferri. Mais les événements politiques italiens ne pouvaient permettre que la réforme pénale s'effectuât sur ces principes : le positivisme ne pouvait se concilier avec le néo-spiritualisme mis en valeur par les nouveaux courants politiques, et la confection du nouveau code pénal confiée aux penseurs de l'école « technico-juridique » ne permet à aucune école de la revendiquer comme un succès. Le moment était d'ailleurs excellent pour une réforme : la traditionnelle division entre l'école classique et positiviste⁴ s'était largement atténuée; les penseurs de l'une et l'autre école se trouvaient travailler sur le même terrain. Les doctrinaires de l'école classique se relâchant des exagérations humanitaires et individualistes dérivées des principes de la Révolution, venaient à se rencontrer avec les positivistes qui étaient moins influencés par la philosophie matérialiste et dont certains admettaient l'influence des idées morales.

Mais si les conditions économique sociales exigeaient une réforme, si la fin des ardentes divisions d'école le permettait, elles n'auraient pas été suffisantes pour la déterminer : il fallait qu'elles rencontrent dans une situation politique qui leur corresponde le

(3) Projet du garde des Sceaux SCIALOJA, 18 mars 1910; d'E. FERRI, janvier 1921.

(4) Cf. pour les principaux points de doctrine de ces deux écoles, D. RENDE : *il nuovo sistema penale nel progetto Rocco*, dans Riv. int. di filosofia del diritto, janvier 1928.

dynamisme nécessaire pour imposer une nouvelle législation ⁵. La révolution fasciste avait politiquement besoin d'un nouveau code pénal qui assurât efficacement ses exigences : aussi l'imposa-t-elle, et dans la fièvre de révision de toute l'œuvre législative passée, la législation pénale fut-elle la première codifiée et appliquée ⁶.

Le parlement ⁷ avait autorisé le gouvernement « ... à modifier dans le code pénal les dispositions concernant le système des peines, les effets et l'exécution des condamnations pénales, les causes qui diminuent ou excluent l'imputabilité, la récidive, l'extinction de l'action et des condamnations pénales et les dispositions concernant les délits particuliers, afin de les adapter aux nouvelles exigences de la vie économique ainsi qu'à amender dans le même code les articles qui donnent lieu à des discussions traditionnelles ou qui, en quelque façon, sont reconnus techniquement imparfaits ». Le mandat était suffisamment précis; il semblait que la réforme dût être limitée, mais en fait, et en dépit de certaines affirmations ⁸, c'est un nouveau système pénal qui a été

(5) A. POZZOLINI : la fisionomia scientifica della riforma della legislazione penale italiana, dans *Scuola positiva* de mai-juin 1930, p. 223-226.

(6) Le nouveau code pénal est entré en application le 1^{er} juillet 1930.

(7) Loi du 24 déc. 1925, n. 2260.

(8) Rocco, rapport sur la loi de 1925. *Lav. prep. cod. pen.* vol. I, p. 13 : « de radicales réformes de notre code ne s'imposent pas, de simples retouches et adjonctions suffiront; la physionomie du code restera inchangée, les caractères des institutions resteront les mêmes ».

instauré, basé sur de nouveaux principes⁹. La législation pénale en effet est particulièrement sensible aux transformations politiques : le nouveau code, vérification de ce principe, subit manifestement l'empreinte du régime qui l'a fait naître, et « la philosophie juridique pénale qui inspire la nouvelle œuvre législative n'est qu'un dérivé de la philosophie générale du fascisme. Philosophie en vérité bien différente de celle qui fut le propre des encyclopédistes français qui inspirèrent... même la codification pénale de Napoléon qui fut le modèle auquel se tinrent pendant plus d'un siècle toutes les autres législations qui dominèrent à l'étranger et en Italie, sans exclure le code pénal de 1889. Les caractères qui distinguent ces philosophies l'une de l'autre résident principalement en ce que l'une est exclusivement individualiste, l'autre essentiellement sociale, collective ou étatique, en tant que, tout en évitant les excès de la statolatrie, tout en protégeant à côté de l'Etat l'intérêt et la liberté individuelle, elle subordonne toutefois

(9) D. RENDE : il nuovo sistema penale italiano nel progetto Rocco dans Riv. int. di Filos. del dir., janv. 1928, p. 55 à 67; cf. aussi dans lav. prep. cod. pen. vol. III, partie 1, les remarques de la cour d'appel de Potenza : « ...la glorieuse marche sur Rome marqua la fin de l'individualisme et la restauration de l'autorité de l'Etat; au souffle des nouveaux principes, virtuellement les anciennes lois tombaient et plus que toute autre le code pénal, car les lois pénales sont expression plus directe du pouvoir de l'Etat. Dans ce code l'individualisme n'avait pas permis un système de peine assez fort, ni protection de l'Etat, ni de la famille, ni de la race, ni du sentiment religieux; de tels principes sont au contraire le fondement du nouveau projet et dérivent directement de l'idéologie créée par le Duce et par lui réalisée dans sa merveilleuse œuvre de reconstruction qui portera la Patrie vers de glorieuses destinées.

Ce n'était pas une simple réforme qui était nécessaire mais un nouveau code pour réaliser les nouveaux principes dérivant de la nouvelle conception de l'Etat ».

cet intérêt à l'intérêt suprême de l'existence et de la conservation de l'Etat » ¹⁰; toutes, ou les plus notables modifications du nouveau code pénal ¹¹ sont le fruit de cette nouvelle atmosphère politique et morale créée par le fascisme, l'expression la plus tangible des idéals nouveaux qu'il veut préciser. La protection de l'Etat non seulement dans sa sécurité, mais dans tous ses intérêts politiques fondamentaux fut sans doute le premier but de ce nouveau code; mais en harmonie avec cette plus rigide défense de l'Etat, conformément à la politique démographique et sociale, il crée un système complet de défense et de lutte contre les causes désagréatrices de l'organisme familial; la famille, nœud central de l'organisation civile, nous dit Rocco, doit avoir l'attention de l'Etat, car « dans la famille, les parents, par l'exemple, la parole, forment l'âme de l'enfant qui deviendra le citoyen » ¹².

Le nouveau code pénal réunit en effet, en un titre indépendant, toutes les mesures protectrices de la famille. Cette disposition possède, à n'en pas douter, une haute signification politique, morale, juridique. La famille, centre de toute législation démographique et assistentielle, communauté surtout régie par des lois morales, mais dont la solidité était attaquée notamment après guerre par les manifestations plus

(10) Rocco : rapport au Roi, Gaz. uff. 26 oct. 1930, n. 251; il y rappelle les points essentiels de la doctrine fasciste dont nous avons parlé dans notre introduction.

(11) Cf. un article du *Gionarle d'Italia* du 12 déc. 1930; il énumère par ordre l'importance les critères directeurs de la nouvelle réforme, dont il donne un bref aperçu.

(12) Rocco : *lav. prep. cod. pen.* vol. V, partie II, p. 334.

violentes et nocives de l'esprit de jouissance, se voit ainsi protégée moralement, suivant la conception politique actuelle que l'Etat fasciste a sa morale, sa religion et qu'il veut imprégner tant les individus que la collectivité de l'esprit de devoir. D'autre part, comme le disait justement Rocco, c'est dans la famille que grandit le citoyen de demain, c'est elle qui fit longtemps la force de l'Italie : le fascisme qui veut intégrer toutes les forces et puissances se devait, afin d'assurer une plus haute valeur à cette intégration, de manifester ouvertement la protection qu'il entendait donner à l'organisme familial, dans son existence physique et morale, comme il a voulu s'assurer la force des autres organisations.

Le nouveau code a nettement distingué les délits contre la moralité publique, des délits contre l'institution familiale, dont les besoins et les biens sont différents de ceux des individus; il considère la famille comme une société familiale, c'est-à-dire comme une collectivité d'individus unis par des liens réciproques, comme une cellule primitive de l'organisation civile, avec son individualité propre qui la distingue des individus qui la composent ¹³. Cette conception organique de la famille lui donne dans le nouveau code l'aspect d'une institution de droit public. Pas plus que pour la doctrine civiliste, la famille n'est considérée par le nouveau droit pénal comme une personne juridique, mais toutefois comme sujet

(13) G. APPIANT : *lav. prep. cod. pen. vol. IV, partie I. p. 437.*

d'intérêts juridiques¹⁴. C'est ainsi qu'il protège non seulement les droits privés de famille de chacun de ses membres, mais en même temps et au-dessus de ces intérêts les biens et intérêts de la société familiale comme telle. Collectivité non personnifiée juridiquement, la famille a une individualité et par suite son honneur, sa morale, son règlement propres que le code veut sauvegarder.

Il protège ainsi la famille considérée comme société conjugale et comme société parentale, c'est-à-dire qu'il la protège dans sa formation et sa cohésion, dans sa vie et son règlement. C'est le titre XI qui assure cette protection des divers biens de la famille; sans doute d'autres titres, comme ceux visant « les délits contre la moralité publique » ou « les délits contre l'intégrité et la santé de la race » intéressent-ils indirectement la famille, mais ils se rapportent plutôt à la politique dont nous avons parlé. Aussi nous en tiendrons-nous surtout à l'étude des chapitres du titre XI : ils prévoient les délits contre le mariage qui offensent la famille dans sa base et lèsent l'intérêt qu'a la société à la solidité du lien conjugal, les délits contre la morale familiale, qui

(14) Cette conception, le Garde des Sceaux l'avait déjà manifestée : « la famille, première, élémentaire et universelle forme de communauté fondée sur les liens d'affection et de sang, dans laquelle l'homme trouve les conditions nécessaires à son développement physique, intellectuel et moral, est sujet de quantité de besoins collectifs qui sont précisément les besoins de l'existence humaine familiale. Les moyens de satisfaction de ces besoins sont les biens de la vie familiale ou biens de la famille. Les intérêts qui ont de tels biens pour objet et pour sujet la collectivité des individus composant la famille sont les intérêts de la famille ». *L'oggetto del reato*, p. 594.

blesent la famille dans sa fonction éthique, les délits contre l'état de famille qui offensent la famille dans sa structure juridique en lésant aussi le principe de sécurité de l'état civil des personnes, ils prévoient enfin les délits contre l'assistance familiale qui se réfèrent aux devoirs d'assistance réciproque entre les membres de la même famille ¹⁵.

(15) Rocco : lav. prep. cod. pen. vol. V, partie II, p. 334.

CHAPITRE PREMIER.

LES DELITS CONTRE LE MARIAGE

Après avoir voulu mettre à la base même de la famille lors de sa formation, des principes religieux, source de vie plus morale et moins uniquement dirigée vers le désir de jouissance, après avoir donné au lien matrimonial un caractère sacré reconnaissant par le concordat « le sacrement de mariage », le fascisme logiquement veut réagir contre ces délits qui en même temps qu'ils troublent la société conjugale, risquent de désagréger la famille et sont subversifs de l'ordre social. Le code pénal dans ce but modifie la physionomie de délits déjà prévus dans l'ancien code, la bigamie, l'adultère, le concubinage et il crée le délit d'induction au mariage moyennant tromperie.

La bigamie est la violation du lien matrimonial, en même temps qu'elle altère la moralité publique. Affirmant son caractère de parti, ayant une doctrine morale rigide, le fascisme a fait insérer une réglementation plus sévère de ce délit : en dehors même de la protection de la famille et plus même que sa sauvegarde, l'objet spécifique de la protection pénale ici

est l'intérêt social à garantir la monogamie, base de la société et réalisée par le mariage. La nullité du second mariage ne serait pas suffisante pour satisfaire cet intérêt sans une rigoureuse répression pénale; aussi l'article 56 déclare-t-il que « quiconque étant lié par un mariage ayant effets civils en contracte un autre ayant également effets civils est puni de la réclusion de un an à cinq ans. A la même peine est soumis qui, n'étant pas marié, contracte mariage avec une personne liée par un mariage ayant effets civils ».

Dans le code pénal abrogé, une condition essentielle à l'existence du délit de bigamie résidait dans la validité du précédent mariage, et en conséquence il n'y avait pas délit si par défaut de forme ou d'une condition essentielle, le mariage était inexistant, ou si par effet d'un empêchement, le mariage était nul ou annulable. Le nouveau code s'écarte complètement de cette conception, et les mots « mariage ayant effets civils » n'ont pas pour but de reproduire la condition de validité exigée dans l'ancien code, mais simplement d'affirmer, en faisant allusion au mariage catholique, qu'il n'y a pas lieu à punir au cas de défaut de transcription de l'un des deux mariages, afin de coordonner la loi pénale et le régime matrimonial concordataire : la transcription est en effet, on le sait, la condition essentielle pour donner effet au mariage religieux; à son défaut, le mariage est inexistant même au regard de la bigamie¹. La néces-

(1) Rapport Rocco : lav. prep. cod. pen. vol. V, partie II, p. 335.

sité, pour donner vie au délit de bigamie, de la validité du premier mariage subordonnait la répression du délit à la volonté des parties à qui appartenait l'action en nullité; le ministère public en effet ne peut agir qu'en très peu de cas, et les particuliers titulaires de l'action ne font valoir les causes de nullité que quand elles y ont intérêt. « Or une organisation qui permet le scandale de la coexistence de deux familles formellement légitimes est incompatible avec l'intérêt de l'Etat à punir la violation du principe monogamique, au-dessus des convenances et des calculs individuels » ². D'ailleurs une plus exacte coordination avec le code civil exigeait une telle réforme : il établit, et le projet le suit dans cette disposition, l'interdiction absolue de contracter un nouveau mariage, pour qui est lié par un mariage précédent sans distinction de validité ou non.

Mais tout en écartant la nécessité de la validité du premier mariage, pour l'existence du délit, le code tient cependant compte de l'invalidité : « si le mariage contracté précédemment par le bigame est déclaré nul ou si le deuxième mariage est annulé pour cause différente de la bigamie, le délit est éteint même au regard de ceux qui ont concouru à ce délit, et s'il y a eu une condamnation pénale, l'exécution et les effets pénaux prennent fin » (art. 556, al. 3). Le coupable en effet, par suite de l'une ou de l'autre annulation, vient à se trouver en un état conjugal de parfaite licéité et l'Etat n'a plus aucun intérêt à

(2) Rapport Rocco, *loc. cit.*

punir. Ce serait même une grave erreur de maintenir « la punibilité » : dans le but d'affirmer le principe monogamique, de consolider la famille, on arriverait au contraire par ce moyen sinon à dissoudre une famille légitime, du moins à la troubler profondément, à y introduire par l'emprisonnement de l'un des conjoints la ruine économique et morale.

Le délit existe tout aussi bien si l'un des sujets n'est pas punissable, quand chez l'un des co-auteurs fait complètement défaut l'élément moral du délit, c'est-à-dire la volonté de contracter un nouveau mariage pour une personne déjà liée, ou de se marier avec une personne qui l'est déjà. Il se peut que cette ignorance soit pour celui qui agit en connaissance de son état une cause d'aggravation de sa peine. Si en effet le délit de bigamie est punissable de la réclusion de un à cinq ans, « la peine est augmentée si le coupable a induit en erreur la personne avec laquelle il a contracté mariage, sur la liberté de son état ou du sien » (art. 556, al. 2). Pour que se réalise cette aggravation, d'ailleurs, malgré le caractère peu explicite de la formule, « a induit en erreur », il est permis de supposer que le simple silence du coupable ne sera pas suffisant, il faudra de sa part une activité coupable, l'usage d'artifices ou, comme le dit le garde des sceaux « un dol extraordinaire ».

Quoique la bigamie soit un délit instantané, c'est-à-dire qu'il n'existe pas chez le coupable la possibilité de faire cesser l'état antijuridique, c'est-à-dire dans la bigamie le second mariage durant l'existence du

premier, le code pénal suit dans la fixation du point de départ de la prescription la même règle que pour les délits permanents³ et « la prescription du délit prévu par l'article précédent court du jour dans lequel un des mariages est dissous ou le second déclaré nul pour bigamie » (art. 557). Ce sera là, nous dit le ministre, un délit instantané à effets permanents, mais s'il apparût bien qu'il n'y a pas contradiction entre cet article et le précédent (il prévoit l'extinction du délit de bigamie en cas de déclaration de nullité du premier mariage ou d'annulation du second pour motif différent de la bigamie), il n'est pas douteux qu'un texte plus explicite eût été désirable, et il est utile pour en avoir une idée exacte de se référer aux travaux préparatoires⁴.

Répondant à des objections d'un membre de la commission parlementaire, le député Mangini expliquait le texte : « entre le dernier alinéa de l'article 556 et l'article 557, il n'y a pas contradiction en ce sens que le second se réfère à l'hypothèse du délit non éteint. Il faut tenir présent à l'esprit que le code n'exige pas du tout la validité du précédent mariage comme condition du délit de bigamie. Il s'ensuit que le délit subsiste même si ce précédent mariage n'est pas valable; il s'ensuit en outre que la déclaration de nullité du précédent mariage ou l'annulation du second

(3) Art. 158 : « le délai de la prescription... pour le délit court du jour où a cessé la permanence ou la continuation.

(4) On avait fait remarquer que cette disposition sur la prescription pouvait créer la contradiction d'admettre la prescription d'un délit déjà éteint pour une autre cause : att. com. parl. lav. prep. vol. VI, p. 281.

pour cause différente de la bigamie, n'excluent pas la bigamie, mais fonctionnent comme causes extinctives du délit ou de la peine. A son tour la prescription fonctionnera comme cause extinctive du délit; mais entre les différentes causes, il n'y a pas toujours incompatibilité. En effet si l'un des deux mariages est dissous pour mort ou divorce, le délit n'est pas éteint et la prescription peut fonctionner » ⁵.

Si la bigamie porte atteinte à l'intérêt social, détruit la base même de la famille, la tromperie réalisée par un conjoint sur l'existence d'un empêchement qu'il connaît, l'ébranle. Le conjoint sait en se mariant que son mariage pourra être annulé : c'est là attenter à la sainteté du mariage, trahir la confiance inspirée par l'amour et l'aspiration à la vie conjugale, porter gravement préjudice même aux intérêts matériels de la famille. Aussi le nouveau code pénal crée-t-il une sanction pour réprimer toute mauvaise foi de l'un des conjoints : « quiconque, en contractant mariage avec effets civils, cache à l'autre conjoint, par des moyens frauduleux, l'existence d'un empêchement qui n'est pas celui dérivant d'un précédent mariage, est puni, si le mariage est annulé à cause de l'empêchement caché, de la réclusion jusqu'à un an ou d'une amende de deux mille à dix mille livres » (art. 558).

Le code civil établissait déjà une sanction contre le conjoint coupable « d'avoir laissé ignorer à son conjoint un empêchement qui fût cause de l'annulation

(5) Att. com. parl. loc. cit.

du mariage » ; les rédacteurs du nouveau projet, voulant à tout prix consolider le mariage, ont conservé la disposition, mais aggravé les sanctions : le coupable pourra être condamné à une amende d'un minimum de mille lires, de la réclusion, et tenu à la réparation des dommages au conjoint trompé ⁶. Il se trouve dès lors que le fait d'avoir caché avec des moyens frauduleux l'existence d'un empêchement, c'est-à-dire une fraude grave, est puni moins sévèrement que le fait « d'avoir laissé » le conjoint dans l'ignorance.

Il nous semble un peu incohérent que « l'espèce plus grave prévue par le code pénal » ⁷ emporte une peine moins sévère qu'un simple fait d'omission ; et d'ailleurs si cette nouvelle création délictueuse part d'une louable intention, il est très certain qu'il est rare que l'on rencontre dans de telles circonstances des manœuvres frauduleuses, et les difficultés de l'enquête avec les conséquences dommageables qu'elle entraîne pour l'autre conjoint, nous auraient fait préférer ici le silence du code pénal et l'application, en plus des principes généraux, de la réparation du dommage, des dispositions du code civil, surtout qu'actuellement le projet fait preuve d'une grande sévérité ⁸.

Ce délit en tout cas, s'il ébranle la famille dans sa base, s'il lèse l'intérêt social du fait de l'annulation du mariage, annulation prévue de l'un des conjoints, ne porte atteinte ni à la morale familiale, ni

(6) Art. 127 du code civil ; art. 160 du projet.

(7) Rocco, lav. prep. vol. V, partie II, p. 341.

(8) Dans ce sens, l'avis du syndicat des avocats et avoués d'Ancone. Lav. Prep. cod. pen. vol. III, partie IV, p. 100.

à la moralité publique. Les dispositions suivantes tendent au contraire à protéger cette moralité, à sanctionner la violation de l'obligation de fidélité conjugale par la répression de l'adultère et du concubinage. Ces deux délits restent en effet nettement distingués, et ce traitement différent fait au mari et à la femme au cas de violation pourtant identique d'un devoir identique peut laisser des doutes. La loi morale est la même pour les deux conjoints, et à son regard le concubinage n'est pas un délit différent de l'adultère : une législation qui se veut moralisatrice aurait peut-être dû tenir compte de ce fait. Il était évidemment impossible d'écarter toute sanction pour les deux délits; et l'argument que l'offensé, loin d'obtenir satisfaction dans un procès, se couvre de ridicule, en même temps qu'il ruine la renommée de la famille et l'avenir des enfants, ou qu'il couvre la femme de déshonneur, ne devait pas arrêter le législateur dans la répression de ces délits qui offensent gravement l'organisation de la famille, les droits du conjoint et la moralité publique : son silence eût été incompréhensible, il eût paru un aiguillon à rompre la fidélité conjugale, mais il eût été préférable d'unir sous une même pénalité tant les fautes du mari que celles de la femme.

Quoiqu'il en soit, l'article déclare : « la femme adultère est punie de la réclusion jusqu'à un an.

Le co-coupable d'adultère est puni de la même peine. La peine est la réclusion jusqu'à deux ans en cas de relation adultérine.

Le délit est punissable sur la plainte du mari ».

Cette aggravation de la peine dans le cas le plus fréquent, mais aussi le plus grave dans ses atteintes à la fidélité conjugale, fait considérer les délits successifs d'adultère constituant la relation habituelle avec un homme, comme un délit unique, et seul le mari est maître de l'action, juge des conséquences qu'elle peut avoir.

En cas de concubinage il en est de même, l'action appartient exclusivement à la femme, mais elle est traitée bien plus sévèrement : elle est punie pour une seule faute, momentanée, tandis que le mari n'est puni « que s'il entretient une concubine dans la maison conjugale ou notoirement ailleurs » (art. 560). La relation adultérine qui est pour la femme une cause d'aggravation de sa peine est pour le mari la circonstance nécessaire à l'existence même du délit, emportant cependant comme pour la femme la réclusion jusqu'à deux ans. La formule « notoirement ailleurs » élargissant les cas de « punibilité » dans l'intérêt de la moralité publique et dans celui de la femme, permettra peut-être au juge des recherches un peu arbitraires, mais en tout cas, et heureusement, elle atténue pour la femme l'inégalité créée par la loi. La justice de cette disposition avait été déjà soulignée par le ministre Zanardelli lors de la rédaction du code pénal de 1889 : « ce serait, disait-il, porter l'inégalité outre les limites, que d'admettre que non seulement le mari puisse s'adonner aux plaisirs, mais puisse tant à la maison que dehors, entretenir

avec la dignité d'une épouse une autre femme en se créant pour ainsi dire une nouvelle famille... et il resterait impuni par ce fait que la concubine n'est pas dans la maison même, mais dans une maison voisine; non au premier étage mais au second⁹.

C'est cette même idée de ne pas renforcer l'inégalité entre l'homme et la femme qui incite le législateur à conserver dans le nouveau code pénal des cas de non « punibilité » en faveur de la femme : « quand le mari l'a incitée à la prostitution ou à tiré en quelque façon avantage de sa prostitution » (art. 561, al. 1). Ce premier cas de non « punibilité », destiné à combattre l'égoïsme du mari, laisse subsister la faute, car quelles que soient les circonstances, la morale a été violée et du consentement de la femme. Sans doute, c'est l'influence du mari qui l'a conduite à la honte, mais elle ne l'y a pas mené de force : car, alors que le code pénal ancien prévoyait comme cas d'exemption de peine, la contrainte, le nouveau code a supprimé cette hypothèse qui, plus qu'une cause d'exemption de peine, élimine l'impunibilité pénale¹⁰. Il a supprimé aussi l'hypothèse d'indignité réciproque qui selon le code de 1889 exclut toute sanction dans le cas où le mari ou respectivement la femme a commis à une époque antérieure le délit d'adultère ou de concubinage : la mo-

(9) ZANARDELLI, rapport sur son projet de code pénal, cité par C. SALTELLI, E. DI FALCO : *Commento teorico pratico del codice penale*, p. 838.

(10) Art. 42 « nul ne peut être puni pour une action ou une omission s'il ne l'a pas commise avec conscience et volonté, art. 46 « n'est pas puni ».

rale en était outragée, et la conception base de cette révision était également contraire à la loi civile. « Elle peut en effet engendrer l'équivoque en ce que, contrairement au code civil, on permet, au regard des effets pénaux, la turpitude d'une compensation en matière de fidélité conjugale » ¹¹. Une législation moralisatrice dans la défense de la famille ne pouvait apporter aux époux un encouragement pour ainsi dire, à la libre pratique de l'adultère ou du concubinage. Au contraire, et suivant de nombreux vœux ¹², le nouveau code atténue, malgré sa volonté de renforcer le lien conjugal et la fidélité conjugale, une rigueur qui pouvait paraître excessive quand le conjoint fautif était séparé ou abandonné.

« Dans les deux cas prévus aux articles précédents (adultère et concubinage), n'est pas punissable, le conjoint légalement séparé par la faute de l'autre conjoint ou injustement abandonné par celui-ci ».

« Si le fait est commis par le conjoint séparé par sa faute ou pour faute commune ou par mutuel consentement, la peine est diminuée » (art. 561, al. 2, 3). Sans doute le lien conjugal n'est pas brisé et la loi le considère comme indissoluble : la culpabilité est donc moralement la même pour le conjoint séparé par la faute de l'autre ou injustement abandonné, mais l'ordre social et familial est certainement moins atteint par cet adultère d'un des conjoints,

(11) Rapport Rocco : lav. prep. vol. V, partie II, p. 342.

(12) Cf. Lav. prep. vol. IV, partie III, avis de la cour de Brescia, de Bari, de Catane... et contrà, avis de l'action catholique italienne, p. 103 à 107.

qui en fait ne constitue plus la famille. De plus si le conjoint était puni même en cas de séparation par faute de l'autre ou d'abandon, une telle disposition se prêterait à une véritable persécution de la femme, permettant au mari de se prévaloir de la loi pour assouvir son égoïsme, et sans aucun avantage social. Il est évident d'ailleurs que loi pénale et loi morale ne doivent pas se confondre, mais cependant il nous semble qu'il eût été préférable dans tous ces cas de n'admettre qu'une diminution de peine comme au cas de séparation pour faute commune ou par mutuel consentement. Une telle disposition eût mieux précisé l'attitude du législateur devant l'indissolubilité du mariage, l'obligation de la fidélité conjugale, et satisfaisant la loi morale elle eût en même temps été favorable à l'intérêt social : le défaut de peine peut en effet avoir pour conséquence de favoriser les cas d'adultère et par suite de rendre plus difficile la réconciliation des conjoints.

Une telle disposition eût été d'autant plus intéressante que la condamnation pénale pour adultère ou concubinage emporte la perte de l'autorité maritale et permet au juge de prendre les mesures provisoires de caractère civil qu'exige l'intérêt de l'enfant et celui du conjoint offensé. Or, que la séparation fût prononcée ou non, il peut être dans l'intérêt des enfants, nécessaire et urgent que des mesures soient prises, par exemple pour les éloigner d'un père ou d'une mère qui dans une vie dissolue leur donne un exemple néfaste. La perte de l'autorité maritale en

cas de concubinage commis pendant la vie commune n'est que logique : avec elle disparaîtront les droits du mari sur les biens de la femme, droits qui lui étaient concédés en contre partie de son devoir de direction de la communauté familiale et pour la faciliter : son indignité ne permet plus de lui conserver cette autorité.

Cependant, afin de favoriser le rapprochement des conjoints, la reconstitution de la famille, le nouveau code, comme d'ailleurs l'ancien, dispose que le pardon (remissione della querela) éteint le délit (art. 563, al. 1), même s'il survient après la condamnation¹³. D'autres causes extraordinaires d'extinction existent encore : tout d'abord la mort du conjoint offensé; contrairement à l'ancien système qui reliait étrangement les effets de la mort et du pardon, le nouveau code sépare nettement ces deux hypothèses et après avoir parlé du pardon à part, semble plutôt rattacher, quant aux effets, la mort et l'annulation du mariage. Il dit en effet : « Eteignent en outre le délit : 1° la mort du conjoint offensé; 2° l'annulation du mariage du coupable d'adultère ou de concubinat. L'extinction du délit a effet même au regard du co-coupable ou de la concubine et de toute personne qui a concouru au délit, et s'il y a eu condamnation, l'exécution et les effets pénaux prennent fin » (art. 563, al. 2, 3).

Dans l'un et l'autre cas, l'intérêt de la Société à

(13) C'est une exception au principe général posé par l'article 152, al. 3 : « Le pardon peut intervenir seulement avant la condamnation... »

la répression d'un délit qui blesse la famille et viole la fondamentale obligation de fidélité conjugale en troublant la moralité publique, est très atténué puisque le devoir de fidélité lui-même sur lequel se fonde l'incriminabilité a disparu.

CHAPITRE II.

DELITS CONTRE LA MORALE FAMILIALE

Le titre même de ce chapitre est caractéristique de la pleine compréhension de la politique familiale que manifeste le législateur italien; il se relie directement, avec un but plus restreint, au vaste mouvement législatif en faveur de l'assainissement moral du pays, point essentiel et primordial de la politique démographique du fascisme. Et logiquement, alors qu'à l'extérieur l'immoralité est réprimée, il veille à ce qu'elle ne règne pas dans les rapports de parenté, à ce que l'influence d'une presse plus que légère ne vienne flétrir dès les premières années l'esprit des enfants encore peu formés, peu habiles à discerner le faux, et leur cœur en avilissant devant eux les beautés de l'amour : il réprime ainsi l'inceste et les attentats à la morale familiale commis au moyen de la presse périodique. Mais si là s'arrête l'œuvre de protection proprement familiale, il nous semble impossible de ne pas signaler, ne serait-ce que pour mémoire, l'œuvre accomplie dans les deux titres qui précèdent « délits contre la moralité publique et les bonnes mœurs, délits contre l'intégrité et la santé de la race ».

Dans le premier de ces titres, après avoir réprimé plus expressément les différents cas de « violence charnelle », de rapt¹, défini les actes obscènes « les actes qui selon le sentiment commun offensent la pudeur » (art. 529) le code pénal, avec détails, tend à réprimer les scandales qui accompagnent la prostitution. Nous avons vu que pour la femme, la loi pénale voit justement dans l'incitation du mari à la prostitution, une circonstance atténuante de sa peine, que la contrainte est exclusive de toute faute en raison du défaut d'imputabilité morale; ces faits sont au contraire pour leur auteur très sévèrement envisagés par le nouveau code pénal en vue d'une plus efficace protection de la famille, pour suppléer aux insuffisances de l'ancien code : « quiconque pour servir la débauche d'autrui, incite à la prostitution une personne mineure ou malade... est puni de la réclusion de un à cinq ans et de l'amende de trois mille à dix mille lires.

La peine est augmentée si le fait est commis au dommage d'une personne mineure mariée... ou confiée au coupable pour raison de service ou de travail.

La peine est doublée : 1° si le fait est commis au dommage d'une personne mineure de quatorze ans;

2° si le coupable est un ascendant en ligne directe ascendante, le père ou la mère adoptif, le mari, le frère, le tuteur;

2° si la personne a été confiée au coupable pour raison de soins d'éducation, d'instruction... » (art. 531).

Si le coupable a incité à la prostitution une parente

(1) Arts 519 à 527.

majeure, il est puni de la réclusion de six mois à quatre ans et de l'amende de trois mille à dix mille liras (art. 532). Plus sévèrement sanctionné encore, le fait de la contrainte à la prostitution soumet son auteur à une rigoureuse sanction : il est puni de la réclusion de deux à six ans et de l'amende de cinq mille à quinze mille liras. « La peine est augmentée si le fait est commis au dommage d'une femme mariée ou d'une personne mineure confiée au coupable pour raison de service ou de travail.

La peine est doublée dans les cas prévus aux numéros 1, 2, 3 de l'article 531 » (art. 533).

Et, plus conforme aux nécessités de sanction révélées par la pratique, l'article 534 déclare que « quiconque se fait entretenir, même en partie, par une femme, en exploitant les gains qu'elle tire de sa prostitution, est puni... de la réclusion de deux à six ans et de l'amende de mille à dix mille liras ». Contre les souteneurs, nous dit le ministre Rocco, individus particulièrement dangereux, il n'existe aucune sanction au code Zanardelli ²... le concept que l'on veut désigner par ces mots « se fait entretenir » emporte chez l'agent un système de vie parasitaire, qu'il tire aliment de la turpitude d'autrui ³. Ces divers articles d'ailleurs ne font que confirmer la position du législateur dans sa lutte contre l'immoralité, ils prévoient tous en effet des cas que le code ancien n'avait pas réprimés.

(2) C'est ainsi que l'on désigne le code pénal qui fut en vigueur jusqu'au 1^{er} juillet 1931, parce qu'il fut justement l'œuvre de ZANARDELLI.

(3) Rapport Rocco. Lav. prep. vol. V, partie II, p. 324.

Parallèlement, et en suite logique de ces dispositions qui montrent une plus grande sévérité quand le fait se produit par suite des relations familiales, ou de confiance, le code réprime la traite des femmes et des mineures de la même façon. Il prévoit en effet le fait pur et simple de l'incitation d'une femme à s'exiler dans un pays où elle sera soumise à la prostitution, de la réclusion de six mois à trois ans et d'une amende d'un minimum de trois mille liras, et double la peine quand le fait se produit au dommage d'une mineure de quatorze ans ou d'une parente ou d'une personne confiée au coupable pour raison d'éducation, instruction. Il punit la contrainte de la réclusion de un à cinq ans et d'une amende d'un minimum de cinq mille liras (art. 535 et 536). Cette incitation ou cette contrainte émane le plus souvent d'une personne qui a autorité sur la victime, abuse de ses droits, les exerce dans un but illégitime; aussi n'est-il que très juste que la condamnation pour l'un quelconque de ces délits emporte la perte de la puissance paternelle ou de l'autorité maritale et l'interdiction perpétuelle de toute charge attendant à la tutelle (art. 541).

Dans un but plus proprement démographique, mais également dans la pensée d'éviter les foyers vides qui prouvent trop souvent l'immoralité familiale, de constituer des familles où l'esprit de jouissance soit tempéré par le sens des devoirs, pour réprimer l'égoïsme tant du mari que de la femme, le nouveau code pénal interdit et punit sévèrement les pratiques néo-malthusiennes. « La principale raison de l'in-

crimination de telles pratiques, nous dit le rapporteur, réside dans l'offense à l'intérêt qu'a la Nation comme unité ethnique, à défendre la continuité et l'intégrité de la race... D'autres intérêts sont aussi lésés par ces pratiques avortives, comme par exemple l'offense à l'intérêt de la vie de celui qui va naître, l'offense à l'intérêt de la vie et de l'intégrité individuelle de la mère, l'offense à l'intérêt des bonnes mœurs familiales et sociales. Mais il est certain qu'à toute autre on doit considérer comme supérieure l'offense à l'intérêt de la Nation d'assurer la continuité de la race sans laquelle viendrait, en définitive, à manquer la base même de l'existence de la Nation et de l'Etat » ⁴. Cet intérêt de l'Etat ouvertement proclamé ici, toujours lui, mène en effet le législateur : c'est dans cet intérêt de l'Etat qu'il veut des familles fortes, nombreuses et saines, et pour sa satisfaction il punit l'avortement ⁵, « l'impuissance procurée » ⁶, l'incitation à des pratiques contre la procréation ⁷, de même

(4) Rapport Rocco au Roi : gaz. uff. 6 oct. 1930, p. 177.

(5) Art. 545 « quiconque occasionne l'avortement d'une femme sans son consentement est puni de la réclusion de sept à douze ans.

Art. 546 « quiconque occasionne l'avortement d'une femme avec son consentement est puni de la réclusion de deux à cinq ans. La même peine s'applique à la femme qui a consenti à l'avortement.

Art. 547 « la femme qui se procure l'avortement est punie de la réclusion de un à quatre ans.

Art. 548 « si l'un des faits prévus est commis pour sauver son honneur ou celui d'un très proche parent, les peines sont diminuées des deux tiers.

(6) Art. 552 « quiconque accomplit sur une personne de l'un ou de l'autre sexe, avec son consentement, des actes destinés à la rendre impuissante à la procréation est puni de la réclusion de six mois à deux ans et de l'amende de mille à cinq mille liras. A la même peine est soumis qui a consenti à l'accomplissement de tels actes sur sa personne ».

(7) Art. 553 « quiconque, publiquement, incite à des pratiques contre la procréation ou fait propagande en leur faveur est puni

que la contagion de maladies vénériennes⁸. Ces délits sont comme le dit franchement le Garde des Sceaux, surtout inspirés du désir de sauvegarder l'intégrité physique et morale de la race dans l'intérêt de l'Etat; il en est autrement des délits, d'inceste et d'attentat à la morale familiale par la presse périodique expressément rangés sous la mention « délits contre la morale familiale ».

Le délit d'inceste, en effet, plus rigoureusement discipliné en application des principes directeurs du législateur sur l'efficace protection de la morale familiale, a été enlevé de la classe des délits contre les bonnes mœurs et placé parmi les délits contre la famille. La raison en réside vraisemblablement en ce que, des buts de la répression pénale ici; la protection de la moralité publique, l'intérêt eugénique, c'est le but familial, c'est-à-dire la répression de la violation de la règle de vie affirmant « la sexualité » des rapports de parenté qui est le plus important. Cette règle considérée comme naturelle en tout temps, est un bien de la famille et il ne suffisait pas pour la protéger de l'interdiction portée par le code civil aux parents de ne pas se marier entre eux. Il fallait que la loi pénale vînt et encore plus sévèrement, réprimer un fait qui, en plus de la répugnance qu'il inspire, ébranle la vie même de la famille, et peut

de la réclusion jusqu'à un an ou de l'amende jusqu'à dix mille lires. De telles peines s'appliquent conjointement si le fait est commis en vue d'un gain ».

(8) Art. 554 « quiconque, étant affecté de syphilis et cachant son état, accomplit sur quelqu'un des actes susceptibles de lui causer le danger de contagion est puni, si la contagion survient de la réclusion de un à trois ans. A la même peine est soumis qui étant affecté de blennorrhagie... ».

produire de graves dommages à l'intégrité de la race.

« La conception du code, nous dit G. Appiani, est qu'il lèse l'organisme familial dans sa fonction morale et dans sa fonction historique. L'incrimination de l'inceste repose sur l'idée de famille et l'ordre de la race »⁹. L'atteinte à la moralité publique semble de peu de poids dans l'esprit des réformateurs, elle ne semble plus être dans les buts de la répression; par sa place même, l'inceste n'est plus un délit contre les bonnes mœurs. Et cependant la formule du code fait du scandale public, c'est-à-dire de la lésion à cette moralité, une condition essentielle de l'existence même du délit : « quiconque, dit en effet l'article 564, de telle façon qu'il en dérive un scandale public, commet un inceste avec un descendant ou un ascendant, ou avec un allié en ligne directe, ou avec une sœur ou un frère, est puni de la réclusion de un à cinq ans ».

« La peine est de deux à huit ans en cas de relation incestueuse. Dans les cas prévus par les dispositions précédentes, si l'inceste est commis par une personne majeure avec une personne mineure de dix-huit ans, la peine est augmentée pour la personne majeure. La condamnation prononcée contre le père ou la mère emporte la perte de la puissance ou de la tutelle légale ».

Plus logiquement avec la nouvelle conception de l'inceste et la place qui lui est donnée dans le code, le projet préliminaire punissait l'inceste, même s'il n'y avait pas scandale et l'existence du scandale était

(9) Rapport sur le projet préliminaire : lav. prep. vol. IV. partie I, p. 447.

une circonstance aggravante. Le code au contraire, quoique selon la conception actuelle « l'objectivité juridique de ce délit ne consiste pas dans l'offense à la moralité publique »¹⁰, exige pour que le délit prenne naissance que cette moralité en souffre. La logique eût conseillé une autre méthode, mais de profondes raisons d'opportunité ont incité le législateur à ne pas s'engager dans cette voie, qu'il voyait pleine de dangers. Certes le sentiment d'aversion qu'inspire l'inceste, les troubles qu'il cause dans l'intérieur de la famille sont à prendre en considération, mais rien n'eût été plus dangereux, plus compromettant pour la société domestique même, que d'aller, suivant une jolie expression « soulever les haillons dont elle se couvre par de scandaleuses enquêtes à l'intérieur des familles »¹¹ : la moralité publique en eût souffert un dommage incalculable. Il faut que le fait soit ouvertement connu, que le spectacle de ces relations honteuses soit public pour que l'inceste soit sujet à répression. Mais si ce spectacle se prolonge, s'il devient un état des deux parents, le nouveau code s'écartant du code Zanardelli qui exigeait pour l'existence même du délit, l'hypothèse d'une relation incestueuse, aggrave fortement la peine. La famille en effet dans ce cas risque d'être bouleversée dans sa morale intime, le scandale apporté, avec un cynisme éhonté, par ces relations inavouables, justifie largement cette plus grande rigueur. A la base de la répression pénale, on rencontre donc trois éléments

(10) Rapport Rocco : lav. prep. vol. V. partie II, p. 346.

(11) Avis de la cour d'appel de Bologne sur le projet de code pénal : lav. prep. vol. III, partie IV, p. 112.

unis : la protection de la famille, l'intérêt de la Nation à éviter la décadence de la race, la protection de la moralité publique. Et s'il est permis au seul regard de la loi morale de regretter que la crainte de révéler au public des faits qui lui seraient inconnus, ait amené le législateur à tolérer l'impunité de faits incriminables par eux-mêmes, en dehors de toute autre circonstance, s'il est vrai en effet que « qui commet cette violation de la loi naturelle, se place par lui même en dehors de la protection que la loi pénale donne au sanctuaire familial qui n'est pas violé mais purifié par l'œuvre répressive de la justice » ¹², il n'en reste pas moins que cette purification, conforme sans doute à la morale, couvrirait la famille de honte, révélerait à tous des faits cachés, peut-être même aux membres de la famille, nuirait à l'ordre social plutôt qu'elle ne le protégerait; et il est permis de dire que le législateur a agi avec sagesse ¹³.

Le second délit contre la morale familiale, création du nouveau code, est inspiré au contraire uniquement du désir de protéger la pudeur des familles, nettement distinguée de la pudeur publique ¹⁴. Le précédent historique du délit d'attentat à la morale familiale par la presse périodique, se trouve dans le projet Oviglio sur la presse périodique, mais le but en est un peu différent : il s'agissait là d'atteinte à la

(12) Avis de la cour de Palerme : lav. prep. vol. III, partie IV, p. 112.

(13) Malgré l'avis de nombreuses cours d'appel, le législateur a réformé le projet préliminaire qui punissait l'inceste en lui-même ne considérant le scandale qui en dérive que comme une circonstance aggravante.

(14) Celle-ci est protégée par les art. 527, 528, 529, sur la répression des actes et publications ou spectacles obscènes.

morale publique, ici d'atteinte à la morale familiale : « quiconque, dit en effet l'article 565, dans la chronique des journaux ou autres écrits périodiques, dans les dessins qui s'y rapportent, ou même dans les insertions faites dans un but de publicité sur les mêmes journaux ou écrits, expose ou met en relief des circonstances susceptibles d'offenser la morale familiale, est puni d'une amende de mille à cinq mille lires. La moralité familiale constituant quelque chose de plus élevé que la morale sociale, s'en présente comme un aspect particulier, en tant qu'elle réunit un ensemble d'exigences éthiquement supérieures et pour cela a besoin d'une protection spéciale » ¹⁵. Les publications, les actes obscènes lui portent sans doute atteinte et ces faits sont sévèrement réprimés, mais une publication peut sans avoir le caractère d'obscénité, être susceptible de troubler la moralité plus délicate, plus sensible des familles. En portant la répression plus au delà, le code donne une règle nouvelle « qui est non seulement une menace de répression, mais un facteur de protection; et en face de la désagrégation de l'organisme familial, il affirme que la moralité de la famille doit être protégée à tout prix et appelle indirectement la presse périodique à la haute fonction de moyen éducatif de la famille... sauvegarder la famille du philtre dangereux des publications attirantes qui prédisposent à la corruption et parfois en sont les motifs, voilà la finalité de cette disposition que le juge doit toujours tenir pré-

(15) Rapport Rocco, vol. V, partie II, p. 347.

sente à l'esprit pour ne pas tomber du côté de l'exagération d'une part et pour frapper inexorablement de l'autre cette chronique noire qui impunément se répand dans la presse périodique » ¹⁶.

La disposition ne vise en effet que les atteintes portées, par la presse périodique et, par l'absence de précisions, laisse au juge des pouvoirs arbitraires. Ce n'est d'ailleurs qu'à l'égard de cette presse périodique que se manifeste le danger pour les bonnes mœurs de la famille. Il suffit en effet de penser au journal qui, devenu désormais un instrument nécessaire de la vie civile, pénètre dans les familles, y répandant toutes les nouvelles idées, pour trouver la disposition de l'article 565 pleinement justifiée ¹⁷.

On ne peut certes contester l'utilité d'une telle disposition, mais malgré l'énumération des faits punissables elle demeure vague, élastique, susceptible des plus diverses et des plus larges interprétations suivant la volonté du juge. La valeur sociale et morale même de cette disposition est bien caractéristique de la marche générale de la nouvelle législation, mais ne peut-on pas redouter qu'elle n'ait également une utilité politique ? En tout cas l'incertitude que son imprécision laisse planer, met à la disposition du juge les plus invraisemblables interprétations et les journalistes à la merci d'un revirement peut-être calculé de jurisprudence.

Cette disposition sera d'ailleurs dans la pratique

(16) Rapport G. APPIANI : lav. prep. vol. IV, partie I, p. 448, 449.

(17) Rapport ROCCO, loc. cit.

difficilement réalisable¹⁸ : comment distinguer les atteintes à la morale familiale des publications obscènes portant atteinte à la moralité publique ? le juge pourra choisir, suivant son désir d'appliquer une plus ou moins forte pénalité puisque, tandis que les publications obscènes sont punies d'une amende d'un minimum de 100 liras, les publications immorales, mais considérées comme portant atteinte à la morale familiale, sont punies de l'amende de cinq mille liras. Il n'est pas douteux qu'il y a là un certain danger : l'intention sans doute louable eût gagné à une meilleure précision¹⁹.

(18) Ce fut l'avis du syndicat des avocats de Cosenza : lav. prep. vol. III, partie IV, p. 116.

(19) Cf. dans ce sens : l'avis des cours d'appel, universités... sur cette disposition, lav. prep. vol. III, partie IV, p. 115, 116.

CHAPITRE III.

LES DELITS CONTRE L'ETAT DE FAMILLE

L'état de famille est la situation appartenant au sein de la famille à chacun de ses membres et considérée comme source perpétuelle de droits et d'obligations réciproques de caractère personnel et même patrimonial¹; c'est la définition la plus normale de l'état de famille, ce n'est pourtant pas celle qui convient à ce chapitre du code pénal. Sous ce titre large en effet, il n'englobe que peu de choses : la protection pénale a seulement pour objet ici, et encore limité par la loi civile, les sources de la preuve de l'état de filiation, c'est-à-dire la sécurité de l'état civil, par la répression des délits de suppression, et d'altération d'état, de recèlement d'état d'un enfant légitime ou naturel reconnu. Ces délits sont ainsi classés dans le titre des délits contre la famille plutôt que dans celui des délits contre la foi publique parce que l'importance est surtout attachée aux conséquences du fait plus qu'à sa manifestation extérieure, c'est-à-dire que ce n'est pas tant l'acte en lui-même, la fraude qui est prise en considération, que le dommage qu'elle porte à la famille dans la per-

(1) Dusi, della filiazione, p. 115.

sonne de ses membres : si l'on ne peut se dépouiller volontairement d'un état qui est la qualification permanente et intrinsèque de la personne, on ne doit pas non plus pouvoir, contre sa volonté, être frauduleusement détaché de sa famille. L'état de famille est un bien non seulement de l'individu, mais de la communauté familiale; le code le protège comme les autres. La sécurité de l'état civil de plus, est à la base de l'ordre social et de tous les rapports de parenté. Le code civil en des règles absolues établit la preuve de la filiation, la loi pénale protège ces modes de preuve. Dans ce but le nouveau code distingue plusieurs délits là où le code abrogé rassemblait en un seul article toutes les diverses fraudes à l'état civil².

L'article 566 tout d'abord prévoit la supposition et la suppression d'état, délits voisins, qu'il réprime en deux alinéas distincts : la supposition consiste « à faire figurer dans les registres de l'état civil une naissance inexistante » c'est-à-dire à créer un état civil fictif en déclarant à l'officier de l'état civil la naissance d'un individu qui n'a jamais existé. Le code pour définir ce délit, emploie une formule plus juste, plus compréhensible : au lieu de « l'enfant inexistant » du code ancien, il parle de « naissance inexistante » et punit l'auteur de ce faux de la réclusion de trois à dix ans.

La suppression d'état est le délit inverse : elle consiste à supprimer l'état civil d'un enfant en tenant celui-ci caché. Au lieu d'un état civil sans titulaire, on a un enfant sans « statuts », et la formule même

(2) Art. 361.

du code limite largement sa portée puisque ce délit n'existe que si la suppression d'état a été obtenue moyennant le recèlement de l'enfant.

Le troisième délit envisagé dans ce chapitre est l'altération d'état : le fait délictueux n'étant plus désormais puni comme le faux en un acte public, mais rangé parmi les délits contre la famille, une plus grande précision s'imposait et l'article 567 distingue deux hypothèses d'altération d'état : la première dérivant de la substitution d'un nouveau-né à un autre, la seconde de fausses attestations dans la formation de l'acte de naissance. La première forme se réalise moyennant substitution de personnes, advenue quand les nouveau-nés étaient déjà inscrits sur les registres de l'état civil, on les y fait respectivement figurer avec un état de filiation différent. Si au contraire, la substitution a lieu avant l'inscription sur les registres et que l'on procède à la rédaction de l'acte de naissance de l'enfant en faisant sur son compte de fausses déclarations pour lui attribuer un état civil qui ne lui appartient pas, le coupable est puni aux termes de l'alinéa 2 de cet article 567. Il dit en effet : « Quiconque, moyennant la substitution d'un nouveau-né, en altère l'état civil, est puni de la réclusion de trois à dix ans.

On applique la réclusion de cinq à quinze ans à quiconque dans la formation de l'acte de naissance altère l'état civil d'un nouveau-né moyennant de faux témoignages, de fausses attestations ou autres faussetés ».

Ces différents faux attribuent à l'enfant une ascen-

dance autre que celle qui lui appartient véritablement, et cette prévision spéciale a pour but de coordonner la loi pénale et le code civil qui permet de substituer à la présentation de l'enfant à l'officier de l'état civil le certificat de la sage-femme. Ce délit puni plus sévèrement que le faux en un acte public est un délit complexe, puisque l'existence du délit de faux dans un acte de naissance requiert, comme éléments, des faits qui par eux-mêmes constitueraient le délit de faux en un acte public. C'est sans doute cette complexité, c'est-à-dire le but spécifique, en plus du fait matériel de faux, d'altérer l'acte de naissance du nouveau-né, qui explique l'aggravation de la pénalité; mais il ne semble pas qu'une disposition spéciale eût été nécessaire à cet égard; il eût été plus simple, peut-être plus logique, de prévoir après le faux dans un acte civil, cette circonstance aggravante surtout qu'il s'agit ici d'un délit qui se réalise le plus souvent plus en faveur de l'enfant qu'à son dommage. D'autre part l'hypothèse la plus fréquente³ d'altération de l'état civil sans la substitution d'un nouveau-né à un autre est celle de l'aldutère : dans la déclaration de naissance de l'enfant illégitime, on s'abstient de dévoiler le lien matrimonial qui déjà unissait la mère à une autre personne que le père de l'enfant. Les motifs déterminants d'un tel délit sont presque toujours si dignes de pitié que le juge tout en retenant l'existence du délit devrait pouvoir appliquer une peine très douce; le code actuel malheu-

(3) Cf. avis de la cour de Florence sur le projet de code pénal : *lav. prep.* vol. III, partie IV, p. 118.

reusement ne le permet pas et il ne prévoit même pas spécifiquement l'atténuation de la peine pour cause d'honneur, comme pour l'infanticide ou l'avortement ⁴.

Sans doute ont-elles leur valeur les raisons invoquées par le ministre lorsqu'il s'expliquait de ne pas avoir admis la cause d'honneur : « je considérerai, dit-il en premier lieu, qu'il s'agit d'un fait très grave en tant que l'altération d'état s'obtient habituellement moyennant le faux de sorte qu'il y a deux lésions juridiques distinctes. En second lieu dans le cas présent, on ne peut reconnaître chez le coupable cet état psychologique qui justifie au contraire l'atténuation pour l'infanticide, parce que le fait dont il s'agit ne peut se commettre qu'à une certaine distance de l'accouchement et permet ainsi la reprise des motifs inhibitoires ordinaires, d'autant plus que le fait n'est pas commis dans la grande majorité des cas par l'accouchée » ⁵. Cependant la seule appréciation des circonstances atténuantes ordinaires ⁶ n'est pas ici suffisante : le juge peut en effet adoucir la peine si le coupable a agi pour des motifs d'une particulière valeur morale ou sociale, mais ceci a un effet tout autre que la cause d'honneur : tandis que les circonstances atténuantes générales permettent

(4) La cour de Bologne, le syndicat des avocats de Trieste trouvent également la pénalité trop sévère : lav. prep. loc. cit. La commission parlementaire se prononça pour l'admission de l'atténuation pour cause d'honneur : att. com. parl. lav. prep. vol. VI, p. 322.

(5) Rocco, rapport au Roi, p. 184.

(6) Art. 62 : « atténuent le délit, les circonstances suivantes : 1°) le fait d'avoir agi pour des motifs d'une particulière valeur morale ou sociale... ».

au juge de réduire la peine d'un tiers, la cause spéciale d'honneur l'autorise à la réduire de la moitié aux deux tiers. Mais la suppression dans cet article de la circonstance spéciale pour cause d'honneur, est caractéristique de l'intention du législateur de faire peser sur le coupable de l'altération d'un acte de naissance, principalement par fausses déclarations, ce qui est le cas normal, une pénalité sévère, que d'aucuns et non sans raison peuvent trouver excessive.

La quatrième forme de délit tend à protéger spécifiquement la famille légitime et naturelle; l'article 568 dit en effet : « quiconque dépose ou présente un enfant, déjà inscrit dans les registres de l'état civil comme enfant légitime ou naturel reconnu, dans un hospice d'enfants trouvés ou en un autre lieu de bienfaisance en en recélant l'état, est puni de la réclusion de un à cinq ans ». Le dépôt consiste dans l'abandon de l'enfant de telle façon que l'institution qui le reçoit ne puisse savoir par qui il fut apporté; ce dernier élément d'ignorance de l'état civil causée par le fait du déposant qui ne révéla en aucune façon l'identité de l'enfant exclut le cas où, soit des vêtements de l'enfant, soit des pièces d'identité spéciales permettent à l'institution de faire sa déclaration à l'officier de l'état civil⁷, d'en indiquer le véritable état. La présentation consiste au contraire à porter l'enfant au personnel de l'institution sans en révéler l'état civil ou en le déclarant illégitime alors

(7) Art. 378 du code civil fait en effet une obligation à tout hospice qui reçoit un enfant d'en faire la déclaration écrite à l'officier de l'état civil.

qu'il ne l'est pas : dans ces deux cas, il y a une altération de l'état civil de l'enfant qui devient illégitime et porte le nom que lui attribuera l'établissement après la présentation ou le dépôt.

Il faut cette altération d'état, c'est-à-dire que l'enfant soit déjà inscrit dans les registres de l'état civil, pour que le délit de recèlement d'état prenne naissance : il s'agit en effet ici de la protection de la famille dans sa composition déjà établie; mais on peut se demander alors quel sera le sort des parents qui, avant d'inscrire leur enfant légitime, l'abandonnent aux soins d'un hospice sans en révéler l'état civil. Le cas ne rentre dans aucune autre hypothèse, et il semble impossible, étant donné la formule qui parle d'un enfant déjà inscrit, qu'on puisse ranger ce fait dans le délit de recèlement d'état.

La pénalité nous semble d'ailleurs trop forte pour ce délit : il faut en effet bien considérer que les parents pourraient abandonner complètement leur enfant ou le supprimer et n'être punis parce qu'ils démontreraient l'existence d'une cause d'honneur ou un état de nécessité, que d'une peine très adoucie. N'est-il pas à craindre dès lors que, se trouvant dans l'une de ces hypothèses, ils ne préfèrent éviter — puisqu'à priori on les suppose dénués d'affection — une rigide pénalité qui sanctionne le dépôt dans un hospice, en abandonnant complètement leur enfant ou en le supprimant ?

Dans tous ces délits la condamnation prononcée contre le père emporte la perte de la puissance paternelle ou de la tutelle légale; l'indignité en est évi-

dente, elle justifie pleinement cette peine accessoire. Mais il faut critiquer la formule : lors de la mise en application du nouveau code civil, elle ne sera plus de mise, puisque le projet a justement supprimé, à l'égard des parents naturels, l'expression de tutelle légale. Il nous semble que pour éviter des modifications ultérieures, les rédacteurs du code pénal, au courant du projet ⁸, eussent dû dans leur travail qu'ils ont voulu mener vers une parfaite coordination avec la loi civile, supprimer cette légère cause de divergence.

(8) Le code pénal n'est entré en application que le 1^{er} juillet 1931, or le projet de code civil fut officiellement présenté le 27 septembre 1930.

CHAPITRE IV.

LES DELITS CONTRE L'ASSISTANCE FAMILIALE

Suivant toujours le même critère logique d'organisation des dispositions de ce titre, le nouveau code pénal manifestant le désir du législateur de maintenir dans sa solidité la société familiale, assemble ici des délits, soit nouveaux, soit déjà prévus par l'ancien code, mais en des titres divers : la loi pénale vient assurer dans les rapports familiaux l'exécution des devoirs moraux et économiques des titulaires de l'autorité, elle sanctionne la loi morale pour réprimer les négligences égoïstes, morales ou matérielles, et conformément à l'idée que toute autorité n'est qu'une fonction donnant à son titulaire un ensemble de droits en vue de la poursuite d'une fin, comme contre-partie de ses devoirs, il en réprime les abus nuisibles aux enfants. Mais cependant, en même temps qu'il assure l'exécution des devoirs, il protège les droits du titulaire de l'autorité. Ce chapitre vise en un mot toute la vie de famille, il veut que la famille remplisse son rôle et que nul ne puisse soustraire les enfants, contrairement à la volonté de leur père, à la famille, centre d'affections et de soins nécessaires à leur développement.

Le désir de fortifier les liens de famille a amené depuis quelque temps le mouvement législatif moderne à la punition de certains faits qui en une autre époque auraient semblé offenser la morale seule et non l'ordre juridique. Sur les traces de ce large mouvement, manifesté en France et en Belgique dans la répression du délit d'abandon de famille, le code pénal italien dans son article 570 sanctionne sévèrement l'obligation d'assistance afin d'accroître l'efficacité des préceptes de la loi civile, afin que ne soit plus possible « le scandale de ceux qui se rendent frauduleusement étrangers à cette famille dont selon la loi naturelle plus même que selon la loi civile ils doivent assumer la responsabilité » ¹.

Tandis que les diverses législations ne visent l'abandon que sous le seul aspect matériel, économique et encore de façon limitée, le nouveau code pénal italien afin d'« assurer dans l'intérêt social l'existence de l'organisme familial, la réalisation pleine de sa mission, vise l'abandon même sous son aspect moral et il élargit les hypothèses d'abandon matériel. L'article 570 en un premier alinéa examine les cas de violation de l'obligation d'assistance morale, dans un second, ceux de violation de l'obligation d'assistance économique : « quiconque en abandonnant le domicile domestique, ou en conservant en quelque façon une conduite contraire à l'ordre ou à la morale des familles, se soustrait aux obligations inhérentes à la puissance paternelle à la tutelle

(1) C. SALTELLI et E. R. DI FALCO : *commentario teorico pratico del nuovo codice penale*, p.856.

légale, ou à la qualité de conjoint, est puni de la réclusion jusqu'à un an ou de l'amende de mille à dix mille lres.

Les dites peines s'appliquent conjointement à qui :

1° malverse ou dilapide les biens de son enfant mineur ou de son pupille ou de son conjoint;

2° fait manquer de moyens de subsistance les descendants mineurs ou inaptes au travail, les ascendants ou le conjoint qui n'est pas légalement séparé par sa faute.

Les dispositions de cet article ne s'appliquent pas si le fait est prévu comme un délit plus grave par une autre disposition de loi. »

De l'énumération des sujets actifs dans la première partie de l'article, il résulte nettement que le code pénal tient ici à protéger la famille entendue comme société conjugale et société de parents vivant sous le même toit, à faire de ces règles du code civil qui n'étaient que la traduction législative de préceptes de la loi morale, des préceptes juridiques pourvus de sanction. Il est évident que dans l'expression « devoirs inhérents à la qualité de conjoint » rentrent les devoirs tant du mari envers la femme que de celle-ci envers le mari, et dans les rapports de parenté ici considérés la protection pénale donne importance aux liens du sang même au delà la parenté légitime².

Cette clarté dans l'énumération des sujets actifs et

(2) Cf. à cet égard art. 540 « aux effets de la loi pénale quand le rapport de parenté est considéré comme élément constitutif du délit... La filiation illégitime est assimilée à la filiation légitime.

passifs du délit ne se retrouve plus dans l'exposé de la matérialité du délit : ce n'est que normal puisque cet article d'un principe éminemment moral fait un précepte de la loi pénale, montrant nous dit G. Appiani, « quelle doit être la conception de la famille italienne qui s'est peu à peu formée dans toute la législation fasciste »³. Le garde des Sceaux, d'ailleurs, dans son rapport, semble avoir bien senti le manque de précision dans la détermination du délit, et il trace les limites d'application de l'article : il ne s'applique pas, nous dit-il, quand le titulaire de la puissance paternelle, de la tutelle, ou le conjoint exercent un droit; il ne régit pas non plus les violations disciplinées par des dispositions particulières⁴, ni afin de ne pas affaiblir la protection pénale, les faits prévus comme délits plus graves par une autre disposition de la loi.

A part ces limitations point n'est besoin pour l'application de cet article de la violation d'une obligation proprement juridique, car il conserve le caractère d'une règle morale et la précision de la matérialité du délit est impossible. Le code parle tout d'abord de l'abandon du domicile domestique : c'est évidemment la forme la plus grave du défaut d'assistance, plus facilement appréciable puisqu'elle ne

(3) Rapport de G. APPIANI : lav. prep. vol. II, partie I. p. 456.

(4) Cf. par exemple, art. 731 « quiconque revêtu d'une autorité ou chargé de la surveillance d'un mineur, omet sans juste motif de lui donner ou de lui faire donner l'instruction élémentaire est puni de l'amende jusqu'à trois cent liras; ou encore art 732, « quiconque revêtu d'une autorité ou chargé de la surveillance d'un mineur âgé de quatorze ans et qui doit tirer du travail sa nourriture, omet sans juste motif de l'orienter au travail est puni de l'amende jusqu'à trois cent liras.

peut être punissable qu'à l'égard des personnes à qui le code civil impose l'obligation de cohabitation, malgré la différence de désignation du lieu de cette cohabitation. L'article 570 parle en effet de domicile domestique, désignation empirique, plus voisine certainement de l'idée de demeure que de celle de domicile, et dont l'imprécision relève de la conception de la famille, ici manifestée par le législateur et comprise comme l'ensemble des personnes vivant sous le même toit ⁵.

La seconde forme du délit, de violation de l'obligation d'assistance morale, c'est « la conduite contraire à l'ordre ou à la morale des familles » ; elle permet toutes les interprétations, et il ne peut s'agir évidemment de violation d'obligations simplement juridiques : la famille a une mission, le père représentant de la volonté familiale doit la conduire à cette fin, et tous ses défauts apparents sont au fond contraires à la morale de la famille ⁶. De plus le fascisme a une conception absolue de l'ordre des familles, le père ne peut avoir sciemment une conduite qui sans être immorale a le seul défaut de n'être pas conforme à la conception officielle ou qu'il n'a pas suffisamment le sentiment de la dépendance de l'in-

(5) Cf. par exemple, art. 572 *infra*, p. 369.

(6) Cf. M. MANFREDINI : *l'assistenza familiare nel diritto penale* « dans *Scuola positiva*, janv.-fév. 1930, p. 50 : « il est plus difficile d'établir quand, une conduite qui ne réalise pas une omission des devoirs d'éducation, peut constituer une soustraction aux devoirs d'assistance : tel le cas du conjoint qui mène une vie de libertinage. En ce qui concerne le père libertin on peut dire en ligne générale que son action peut bien réaliser le délit car, outre l'exemple corrupteur, son existence distraite de la maison peut amener l'accomplissement des devoirs qui lui incombent ».

dividu envers l'Etat, synthèse des valeurs et des volontés nationales. Il faudra évidemment une répétition des actes, puisque le code parle de conduite; leur nombre comme leur importance sera soumis à l'interprétation du juge : ses pouvoirs ne seront pas sans grande portée puisqu'il peut appliquer la réclusion « jusqu'à un an ou l'amende de mille à dix mille lires ».

L'assistance économique dont la violation est réprimée dans la seconde partie de l'article, complète, afin d'assurer la vie de la famille, l'autre disposition. Après avoir protégé la moralité il convient de protéger le patrimoine et de sanctionner l'exécution du devoir alimentaire établi par le code civil. La première hypothèse, le fait de qui malverse ou dilapide les biens de son enfant, de son pupille ou de son conjoint « est en somme un délit contre le patrimoine » ; s'il est prévu ici, parmi les délits contre la famille, c'est sans doute en raison du rapport de confiance entre la victime et le coupable, rapport qui tire normalement son origine des liens de parenté. C'est la forme la plus grave de la violation des obligations d'assistance économique puisque, en dépit de l'affection présumée, la conduite du coupable ne se limite pas à une simple omission, mais attaque directement le patrimoine du mineur ou du conjoint. La dilapidation comprend spécialement les prodigalités avec les biens d'autrui ou la destruction dolosive qui pourra être le fait du père, du conjoint comme du tuteur, au contraire de la malversation qui pour le

tuteur sera soumise aux règles plus sévères de l'appropriation indue.

Ce qu'exige ici le code pénal au fond c'est une administration non dommageable; il précise que l'administrateur ne doit pas détourner les biens de leur fonction qui est non pas de satisfaire son intérêt, mais d'assurer la vie de la famille, et qu'il ne doit pas engager les biens dans des dépenses superflues, disproportionnées à la situation économique de la famille. On n'exige pas de l'administrateur une gestion fructueuse ni que toute dépense soit d'une utilité garantie, mais que dans l'ensemble il y ait une activité animée d'une bonne volonté et d'une honnête intention. On demande à l'administrateur des biens de la famille de les conserver à leur destination par une administration sage selon les moyens et capacités de qui en a l'obligation⁷.

La seconde forme de violation des obligations d'assistance se rencontre quand quelqu'un fait manquer de moyens de subsistance les descendants mineurs ou inaptes au travail, les ascendants, le conjoint. Ce délit, quoique basé sur l'obligation juridique de prestation d'aliments, en conformité des dispositions du code civil, constitue cependant ici un délit autonome : « je n'ai pas suivi, dit le Garde des Sceaux, le système franco-belge qui munit d'une sanction pénale l'obligation alimentaire légalement affirmée; mais j'ai voulu donner un plus grand relief au concept de violation de l'obligation d'assistance

(7) M. MANFREDINI, *op. cit.*, p. 37 et s.

familiale, frappant ce qui contraste avec le sens éthique de la famille, le refus des moyens de subsistance. Dans ce but pour réduire au minimum toute contestation sur l'an debeat des aliments, j'ai limité les catégories de personnes envers lesquelles le droit alimentaire est pénalement protégé, excluant les frères et les sœurs et accordant seulement la protection aux descendants mineurs ou incapables au travail et au conjoint qui n'est pas séparé par sa faute » ⁸. Le juge pénal, dès lors, voit son rôle extrêmement étendu puisque même en dehors de toute fixation au civil de l'obligation alimentaire, il peut, parce qu'ils ne remplissent pas leurs obligations d'assistance, frapper le père, le conjoint, les descendants, d'une pénalité extrêmement forte : la réclusion jusqu'à un an ou l'amende de mille à dix mille liras.

L'ensemble de ces délits, violations des obligations d'assistance morale ou économique, revêtent des caractères communs. Tous supposent le dol, tous consistent, à part la malversation et la dilapidation, en des actes d'omission. La règle pénale en effet ici indique une voie à suivre, elle impose un minimum vaguement déterminé : pouvait-il en être autrement puisque le code en sanctionnant les manquements à la loi morale se devait dans ce domaine où les degrés de faute sont infinis, de laisser à la libre interprétation du juge l'appréciation de la conduite des membres de la famille ?

Sans nul doute cette reconnaissance dans le droit

(8) Rocco : lav. prep. vol. V, partie II, 357.

pénal des règles de caractère moral dérive de l'évolution des idées sur la puissance paternelle, dans l'Italie actuelle; l'intérêt de l'Etat est que tout individu, élément naturel de la famille dans laquelle il vit fatalement, n'agisse pas dans son intérêt contrairement à celui de cet organisme, indépendamment du rôle qu'il a à jouer et qui contribuera à la plus grande force de l'Etat. Le droit pénal établit une règle d'activité positive, il précise le caractère social de la fonction attribuée au titulaire de l'autorité familiale, fonction incompatible avec son incurie ou son insouciance, car elle consiste à faire réellement de la famille un centre d'éducation, d'assistance mutuelle, nécessaire au développement des enfants, nécessaire pour l'accroissement de force de l'Etat. Aussi ce qui donne à l'article 570 son aspect typique, c'est la sanction des obligations d'assistance morale. Si l'on peut louer cette disposition⁹ en tant qu'elle joue le rôle d'activité de perfectionnement, elle est loin d'être exempte de critiques. Certes la famille est organisée pour conserver les forces de ses membres et les préparer à la vie, et ceux qui sont préposés aux charges familiales doivent veiller à maintenir soigneusement un milieu sain moralement et maté-

(9) Un éloge vibrant en fut fait dans l'article cité de la Scuola positiva : « le commandement de faire le bien substitué à l'interdiction de faire le mal était déjà donné par Confucius, Boudha, Pythagore; Jésus qui conseilla d'aimer le prochain comme soi-même fixa ainsi la règle essentielle de la vie humaine dans la solidarité fraternelle. Ce commandement paraissait la désignation d'une vie parfaite, d'une tendance morale, il semblait utopique de croire qu'il devienne une obligation juridique. La législation italienne actuelle a réalisé ce miracle : seule une révolution peut accomplir ce saut dans l'échelle évolutive ».

riellement. La première obligation de l'autorité familiale est l'exemple; une conduite probe et morale est un élément essentiel de l'éducation. Mais cette conduite morale, l'assistance morale en général, sont indéfinissables : le respect de préceptes de morale ne peut s'imposer sans autre spécification comme précepte de loi. Aussi à défaut de cette précision, la règle qui sanctionne l'assistance morale ne peut que rester lettre morte en raison de l'insaisissabilité du délit ou amener l'écroulement de l'autorité du père de famille déjà fortement atteinte dans le projet de code civil. L'abandon de domicile n'encourt pas évidemment ce reproche, il faut féliciter hautement le législateur de l'avoir rigoureusement sanctionné, encore que le délit soit prévu en termes trop absolus. Le père de famille, le chef de la société familiale, doit sans doute conserver le poste de direction que la loi lui a confiée, mais il n'est pas impossible de prévoir, et le code aurait sans doute gagné en précision, des cas où l'abandon loin d'être arbitraire se produit par raison de nécessité. A ce poste, qu'il ne devra jamais abandonner, le père doit mener une conduite conforme à la morale et à l'ordre des familles.

Nous avons signalé jusqu'à quel point le juge peut élargir son interprétation, car il est certain que toute règle morale pénalisée risque, par manque de caractéristiques susceptibles d'en fixer les limites objectives, de permettre une excessive ingérence dans les rapports privés de famille. Loin de procurer à la vie

familiale l'apaisement, elle risque d'y semer l'irritation, d'apporter des heurts graves à la solidité de la famille. D'autre part « dans les familles pauvres, le père occupé tout le jour au travail pour l'entretien des siens ne peut s'appliquer à l'accomplissement de ses obligations d'assistance morale » et il sera puni pour des faits qui ne lui sont pas imputables, on rendra responsable une prétendue insouciance de l'incorrigibilité d'enfants dissolus. Les limites sévères placées à l'arbitraire de l'autorité paternelle par le projet de code civil eussent été suffisantes, avec l'intervention du juge tutélaire, pour assurer à l'Etat la constitution dans les familles d'un milieu sain, pour assurer l'exécution des devoirs d'assistance qu'en tout cas la réclusion empêchera de remplir.

Cette même critique s'applique à la prévision de la violation de l'obligation d'assistance économique; le refus d'aliments en effet ne devrait être considéré comme un délit qu'au cas où les aliments ne sont pas fournis malgré une sentence qui en fixe le montant et les modalités de versement; il ne nous semble pas d'ailleurs que ce soit le moyen de permettre au père de subvenir aux besoins de la famille que de le mettre en prison et de lui faire payer une forte amende qui peut-être épuisera ses revenus. La sanction de l'obligation alimentaire n'est plus du domaine du droit civil afin sans doute d'assurer plus sûrement l'accomplissement du devoir : le caractère d'institution justement reconnue à la famille avec

une fin à remplir sous la direction d'un chef chargé d'une fonction et muni de moyens pour la réaliser, donne un aspect particulier et plus large à la sanction : centre de besoins et d'obligations correspondantes, afin de réaliser sa fin conformément à l'intérêt de l'Etat, la famille se voit entourée ici de prescriptions que la loi laisse à l'arbitraire du juge. Il fallait vraiment que le législateur ait peu confiance dans la conscience de ses sujets pour faire ainsi de la bienveillance un devoir, de l'intégrité de vie une obligation pénale, pour transformer la charité en justice, pour assujettir à une peine les devoirs élémentaires du père, du tuteur, du conjoint, même s'ils ne violent pas les obligations légales, mais simplement ne respectent pas les devoirs que la morale impose (suivant la conception du juge) à tout membre de la famille.

Tandis que l'article 570 que nous venons d'étudier, sanctionne l'exécution des devoirs de l'autorité familiale, l'article suivant au contraire vient, dans l'intérêt du mineur, limiter les droits de cette autorité. Le devoir en effet exige chez celui qui y est tenu, les moyens de le réaliser et le droit de correction en est la contre-partie naturelle. Mais il n'est accordé à son titulaire que dans ce strict but de l'éducation, et dans la mesure nécessaire à la formation de l'enfant. Et l'article 571 vient réprimer les abus de ce droit de correction : « quiconque, dit-il, abuse des moyens de correction ou de discipline au dommage d'une personne soumise à son autorité ou qui lui est

confiée pour raison d'éducation, d'instruction, de soin, de surveillance ou de garde, ou pour l'exercice d'une profession ou d'un art, est puni de la réclusion jusqu'à six mois.

Si du fait dérive une lésion personnelle, on applique les peines établies aux articles 582 et 583 ¹⁰ réduites d'un tiers; s'il en dérive la mort, on applique la réclusion de trois à huit ans ».

Ce délit rentrait dans l'ancien code dans la catégorie des délits contre la personne; mais le rapport spécial d'autorité à subordonné qui existe entre le sujet actif et passif du délit, de même que le but correctif inhérent à l'activité du coupable, l'a fait ranger parmi les délits contre la famille ¹¹. A l'inverse d'ailleurs du délit de violation des obligations d'assistance, proprement dit, où l'on rencontrait avec l'expression de domicile domestique une certaine conception restreinte de la famille dans sa compréhension, le délit d'abus de moyens de correction, s'il s'applique principalement à l'autorité familiale normalement chargée de l'éducation de l'enfant et investie du droit de le corriger, s'appliquera aussi à toute autre personne déléguée par l'autorité familiale, ou même par l'Etat dans le cas d'enfants abandonnés ou orphelins. Toutes ces personnes en effet ont entre les mains pour accomplir les devoirs d'éducation et d'instruction les moyens légaux dont l'abus sera difficile étant donné l'intervention du juge tuté-

(10) Cf. *infra*, p. 371, note 18.

(11) C. SALTELLI et E. DI FALCO, *op. cit.*, p. 862.

laire, mais aussi des moyens ordinaires, journellement employés, afin de donner l'efficacité aux réprimandes verbales, et ce sont ces moyens que l'article 571 prétend maintenir dans les limites exigées par l'éducation. Le délit suppose en effet un rapport de subordination : le sujet actif étant l'autorité, publique ou privée, investie du pouvoir d'user des moyens de correction, le sujet passif la personne soumise à cette autorité, enfant, pupille, apprenti, élève; le fait que la personne investie du pouvoir en ait abusé soit dans sa modalité soit dans son intensité, de telle sorte que cet excès puisse occasionner le danger de maladie, constitue l'élément matériel du délit. Ces événements, danger de maladie, lésions personnelles, mort, ne doivent pas être voulus, car en ce cas on sortirait du cadre de l'article 571 : il suppose une action initialement licite qui ne « revêtira les caractères de l'illicéité pénale que dans les excès ultérieurs ¹² », tout en exigeant évidemment qu'il y ait un rapport de causalité entre les excès et la réalisation du dommage. Il ne faut pas d'ailleurs que le moyen employé par l'autorité soit absolument incompatible avec le but de correction : cet article tend à réprimer les excès de correction de l'autorité et nullement à déroger aux règles sur les délits contre la personne quand il est manifeste que le coupable a agi en dehors de tout désir de correction. Car c'est seulement ce but licite en soi, illicite seulement dans les conséquences des actes exercés pour l'atteindre, qui explique la

(12) Rapport Rocco : lav. prep. vol. V, partie II, p. 357.

douceur des peines, leur diminution en face des délits contre la personne : « l'excès dans le moyen, nous dit le rapporteur, donne vie au délit contre la famille, uniquement en considération de la fin que le coupable s'est proposé, soit même en excédant le pouvoir disciplinaire à but pédagogique; mais objectivement l'activité du coupable réalise l'attentat à l'intégrité physique de la personne¹³. Aussi les conséquences plus graves des excès sont-elles punies conformément, quoique avec une moindre rigueur, aux règles qui sanctionnent les délits contre la personne.

La prévision de ces conséquences plus graves, lésion personnelle, mort, témoigne d'un souci de précision qu'on ne rencontre pas dans la première partie de l'article quand il parle de « danger de maladie dans le corps ou dans l'esprit » : une telle formule peut prêter à de trop larges interprétations, contraires au but extrêmement louable du législateur. La limite d'abus doit être en effet normale dans le droit familial comme limite à la discrétion de la personne investie de l'autorité¹⁴, mais cette limite ne doit cependant pas aller jusqu'à supprimer l'autonomie et la liberté nécessaires dans l'œuvre d'éducation. Le commentaire du Garde des Sceaux dans son rapport est à cet égard d'une extrême utilité : « la simple gifle, dit-il, ne peut constituer la matérialité du délit parce que la *vis modica* est un moyen de correction licite. Selon certains « la formule » danger

(13) Rocco, *op. cit.*, p. 358.

(14) Cicu, *diritto di famiglia*, p. 133 et s.

de maladie » employée dans la première partie de l'article justifierait une solution contraire, en observant qu'un tel danger peut être la conséquence d'une simple gifle. Mais je relève qu'une solution différente ne permettrait pas de tenir compte des exigences de l'éducation, et d'autre part il faut considérer que l'idée de danger implique, non la simple possibilité, mais une probabilité de l'évènement dommageable... » ¹⁵; mais il est une autre imprécision, c'est justement le quantum de gravité de cet évènement dommageable, et elle peut nuire à l'autorité du père de famille, du maître : une simple brusquerie de leur part, même absolument involontaire et ne prouvant pas le moindre manque d'affection, pourra blesser légèrement l'enfant et amener une inopportune intervention du juge trop zélé.

Le nouveau code pénal prévoit ensuite un délit voisin de l'abus de moyens de correction, comme lui en effet atteinte à l'intégrité de la personne : le délit de mauvais traitements en famille ou envers les enfants. Il se distingue cependant de l'abus de moyens de correction en ce qu'il ne requiert pas chez le coupable un but spécifique de correction, licite en soi, mais le dol réalisé par les mauvais traitements. Tandis que l'article 571 veut garder dans une sage mesure les droits de l'autorité familiale, l'article 572 veut éviter que toute personne à qui est confié un mineur ne se serve de l'ascendant qu'elle a sur lui pour lui infliger des traitements nuisibles à sa santé :

(15) Rapport Rocco, *op. cit.*, p. 358.

« quiconque, dit-il, en dehors des cas indiqués à l'article précédent, maltraite une personne de la famille, ou un mineur de quatorze ans, ou une personne soumise à son autorité, ou qui lui est confiée pour raison d'éducation, d'instruction, de soins, de surveillance ou de garde, ou pour l'exercice d'une profession ou d'un art, est puni de la réclusion de un à cinq ans.

Si du fait dérive une lésion personnelle grave, on applique la réclusion de quatre à huit ans; s'il en dérive une lésion très grave, la réclusion de sept à quinze ans; s'il en dérive la mort, la réclusion de douze à vingt ans. »

Cet article étend largement le cercle des personnes que protégeait le code pénal abrogé, et se différencie nettement du délit d'abus de moyens de correction : tandis que ce délit ne comprend que les excès de punition des autorités, il s'agit ici au contraire de tous mauvais traitements envers une personne quelconque de la famille. L'article 572 sanctionne le devoir d'assistance, de charité, d'amour les uns des autres, devoir absolu plus que partout dans les rapports de famille où doit régner l'affection mutuelle; il veut à l'intérieur du cercle de famille, la pleine cordialité d'attitude, principe de la solidité du consortium familial. Tout membre de la famille doit avoir cette affection et la loi lui impose d'avoir, au moins extérieurement l'attitude qu'elle suppose naturellement : il ne s'agit pas ici d'ailleurs des gens qui vivent sous le même toit, de la famille au sens res-

treint du mot, mais de tout membre de la société conjugale et parentale. A eux tous en effet, les liens naturels de sang imposent au minimum de s'abstenir de tous mauvais traitements, et la même obligation s'impose à toute personne à qui le mineur est confié.

Mais cette formule « mauvais traitements » est bien vague, on ne peut en faire grief au législateur : lui-même avoue son impuissance : « il ne m'a pas été possible, disait le Garde des Sceaux, de définir en une formule législative les mauvais traitements »¹⁶. Point n'est besoin en tout cas ici d'un danger de maladie corporelle ou mentale, le seul fait dolosif des mauvais traitements, des brutalités, soumet leur auteur à la réclusion de un à cinq ans. Cette large marge de sévérité laissée au juge lui permettra d'adapter plus exactement la peine à la gravité du délit en considération de la proximité du lien de parenté ou d'alliance, et l'aggravation de peine en comparaison de celle qui sanctionne le délit d'abus de moyens de correction résulte évidemment du fait que, tandis qu'en cas d'abus de moyens de correction on est en présence d'un acte licite en soi, ici au contraire on ne rencontre qu'un acte dolosif indépendant de toute idée de correction. Cette différence se retrouve dans le deuxième alinéa de l'article 572 : trois hypothèses y sont prévues où les peines vont crescendo suivant que les conséquences des actes ou omissions du coupable sont plus ou moins dommageables pour la victime : en cas de lésions graves la

(16) Rocco, rapport : *lav. prep. loc. cit.*

réclusion de quatre à huit ans, en cas de lésions très graves, la réclusion de sept à quinze ans, en cas de mort la réclusion de douze à vingt ans. Ces accidents sont mis à la charge de l'auteur du mauvais traitement à titre de responsabilité objective, c'est-à-dire exclusivement en raison du rapport de causalité matérielle qui peut exister entre le fait dolosif des mauvais traitements et le résultat¹⁷. En cas de lésions graves ou très graves, la peine est plus sévère que celle établie pour les délits contre la personne¹⁸, et si la peine appliquée quand les mauvais traitements ont entraîné la mort, est naturellement moins forte qu'en cas d'homicide volontaire, car ici le coupable n'a pas eu cette intention, elle est plus forte qu'en cas d'homicide involontaire ou conséquence d'un autre délit¹⁹. Cette aggravation s'explique parce qu'au fait d'avoir causé des lésions ou la mort, s'ajoute celui de les avoir causés en usant de mauvais traitements en famille.

Cet article est bien dans la ligne générale de ce chapitre : voisin du délit de violation des obligations d'assistance morale, comme lui inspiré de la volonté de faire régner la moralité, ou au moins un minimum de moralité, dans les rapports de famille. Aucun fait de non observation de la loi de charité ne

(17) C. SALTELLI et E. R. DI FALCO, *op. cit.*, p. 867.

(18) Art. 582 « quiconque occasionne à quelqu'un une lésion personnelle... est puni de la réclusion de trois mois à trois ans... » Art. 583 « La lésion personnelle est grave et on applique la réclusion de trois à sept ans... la lésion personnelle est très grave et on applique la réclusion de sept à douze ans... »

(19) Art. 584 : quiconque avec des actes destinés à commettre l'un des délits prévus par les articles 581 et 582 occasionne la mort d'un homme est puni de la réclusion de dix à dix-huit ans.

doit rester impuni et à cet égard il faut louer le législateur d'avoir supprimé la nécessité de la plainte du conjoint. On procèdera toujours d'office, « soit parce que la plainte du conjoint, comme condition d'application de la peine, serait souvent cause d'une inique impunité en raison de la crainte chez le conjoint offensé de nouveaux mauvais traitements... soit parce que l'Etat dans la conception fasciste doit énergiquement réprimer dans l'intérêt social de la protection des faibles, toute forme de brutalité et de vexation »²⁰.

Les deux derniers articles de ce chapitre prévoient l'un la soustraction consensuelle de mineurs, l'autre la soustraction d'incapables. Le code en effet, après avoir sanctionné, les devoirs de l'autorité familiale, vient protéger le droit de garde, attribut essentiel de l'autorité paternelle ou tutélaire. Au contraire du code Zanardelli, l'objectivité juridique de ces délits consiste non pas en une atteinte à la liberté du mineur, mais dans la lésion des droits de puissance paternelle ou de tutelle. La substitution du mot « soustraction » au mot « rapt » nous semble d'ailleurs caractéristique de ce changement de conception : la nouvelle dénomination évoque en effet outre l'idée de ravissement d'une personne, celle d'enlèvement du patrimoine moral pourrait-on dire d'une autre, qui avait sur la personne enlevée le droit de garde.

« Quiconque, dit l'article 573, soustrait un mineur âgé de quatorze ans, avec son consentement, au père

(20) Rapport de G. APPIANI. Lav. prep. vol. IV, part. I, p. 461.

ou à la mère exerçant la puissance paternelle ou au tuteur, ou le retient contre la volonté du père ou de la mère ou du tuteur, est puni sur la plainte de celui-ci, de la réclusion jusqu'à deux ans.

La peine est diminuée si le fait est commis dans le but de mariage; elle est augmentée, s'il est commis à fin de débauche. On applique les dispositions des articles 525 et 544 » ²¹.

Le sujet passif de délit selon les nouvelles dispositions sera donc toujours soit le père, soit le tuteur offensé dans leur droit de garde et de surveillance du mineur; le mineur y est soumis jusqu'à vingt-et-un ans, aussi le nouveau code laisse entendre que jusqu'à cette époque le père ou le tuteur pourra s'estimer lésé dans son droit. La personne ravie devra donc n'être ni mariée ni émancipée, âgée d'au moins quatorze ans et pas plus de vingt-et-un : cet âge minimum de quatorze ans est sans doute exigé en raison du consentement que le mineur doit avoir donné à la soustraction. Cette soustraction ou rétention consistera dans le fait d'éloigner la personne de la sphère dans laquelle s'exerce le pouvoir de direction et de surveillance des autorités familiales. La formule d'ailleurs offre toute liberté d'appréciation au juge,

(21) Ces deux articles se trouvent au titre XI : « des délits contre la moralité publique ou les bonnes mœurs, en son chapitre I sont prévus les délits contre la liberté sexuelle et parmi eux le rapt à fin de mariage, le rapt à fin de débauche. L'art. 525 prévoit une diminution de peine si le coupable avant tout acte de débauche remet la personne ravie en liberté en la ramenant à sa famille ou en la plaçant en un lieu sûr à la disposition de sa famille. L'article 544 déclare que le mariage que l'auteur du délit contracte avec la personne offensée éteint le délit, même au regard de ceux qui ont concouru au délit ».

notamment sur la durée nécessaire pour constituer le délit, d'après les circonstances, les habitudes de vie de la famille dont il s'agit, la manière selon laquelle est exercée la surveillance sur le mineur. Celui-ci doit avoir prêté son consentement et cette exigence n'est pas contradictoire puisque le rapt consensuel offense seulement la personne qui exerce la puissance paternelle. Et dès lors le délit n'est punissable que sur la plainte de cette personne : le père de famille qui n'exerce pas la puissance paternelle ne pourra pas agir même s'il doit en résulter l'impunité du coupable, par exemple parce que la tutelle n'a pas été constituée. La déduction est rigoureuse, mais logique, d'autant plus qu'ici le mineur étant abandonné à lui-même, aucune volonté contraire ne pouvait se manifester.

Le but du coupable qui n'était pas pris en considération, dans l'hypothèse, base du délit, puisqu'il suffit de sa seule volonté consciente de soustraire le mineur à ceux qui exercent la puissance paternelle ou de le retenir contrairement à leur volonté, est au contraire envisagé dans l'alinéa 2 de l'article 573 comme cause d'aggravation ou de diminution de la peine suivant sa nature : qui agit en vue d'un mariage est logiquement mieux traité que celui qui n'a en vue que la débauche.

Dans tous les cas, il faut le consentement de la personne soustraite à l'autorité; au contraire l'article 574, qui complète la disposition précédente, prévoit le cas de soustraction commise sans le consentement

de la personne soustraite ou retenue : défaut de consentement en raison de l'incapacité de celui qui aurait pu le donner ou défaut de consentement effectif.

« Quiconque soustrait un mineur de quatorze ans, ou un faible d'esprit au père ou à la mère exerçant la puissance paternelle, au tuteur ou au curateur ou à qui en a la surveillance ou la garde, ou même le retient contre la volonté de ces mêmes personnes est puni sur la plainte du père ou de la mère exerçant la puissance paternelle, du tuteur ou du curateur de la réclusion de un à trois ans.

A la même peine est soumis qui soustrait ou retient un mineur âgé de quatorze ans sans consentement, dans un but différent du mariage ou de la débauche.

On applique les dispositions des articles 525 et 544²² ».

L'hypothèse du défaut de consentement pour incapacité est prévue par la première partie de l'article qui parle des mineurs de quatorze ans ou des faibles d'esprit, le défaut de consentement effectif est au contraire régi par l'alinéa 2 de cet article : en cette dernière hypothèse, le délit peut se réaliser tant que la personne ravie n'a pas vingt-et-un ans, c'est-à-dire est soumise au droit de garde du père ou du tuteur. Ce sont toujours eux en effet les sujets passifs du délit. Mais ici ce ne sont pas les seuls : contrairement à l'article 573 en effet, notre article 574 parle de « qui en a la surveillance ou la garde ». Il se peut en effet que le mineur ait été confié par mesure

(22) Cf. *suprà*, p. 373, note 21.

judiciaire ou autrement à une personne autre que le tuteur; délégataire du droit de garde, c'est elle qui sera lésée et pourra agir; cependant au cas de sentence judiciaire la question est douteuse : car au droit au respect de ses prérogatives de la personne investie du droit de garde, s'ajoute l'intérêt de l'Etat au respect des mesures de ses organes judiciaires, et peut-être devra-t-on appliquer les règles sur la non observation d'une sentence judiciaire²³. La peine en ce cas, n'est d'ailleurs que légèrement différente : l'article 574 en effet applique la réclusion de un à trois ans, l'article 388 la réclusion jusqu'à trois ans ou l'amende de mille à dix mille lres.

Ces deux dernières dispositions, réalisant la protection du droit de garde, ne font que compléter logiquement celles qui ordonnent à l'autorité familiale de remplir ses devoirs, lui interdisent d'excéder certains droits; elles assurent en effet avec le respect du droit de garde, le maintien de la société familiale dans sa composition, c'est-à-dire qu'en protégeant le droit du père de famille, elles assurent au mineur la protection, l'assistance qui lui sont nécessaires. Elles protègent les mineurs contre eux-mêmes, elles maintiennent le milieu dans lequel le père de famille doit exercer son assistance, milieu sans lequel ces dispo-

(23) « Quiconque pour se soustraire à l'accomplissement des obligations d'une condamnation pénale... accomplit sur ses biens ou ceux d'autrui des actes simulés ou frauduleux... est puni s'il n'optempère pas à l'injonction d'exécuter la sentence de la réclusion jusqu'à trois ans ou de l'amende de mille à dix mille lres. »

La même peine s'applique à qui élude l'exécution d'une sentence du juge civil, qui concerne la garde du mineur ou d'autres personnes incapables... ».

sitions seraient vaines. Cette réglementation de la vie familiale prend l'aspect d'un décalogue pénal : le fascisme a sa morale, il entend qu'elle règne dans les rapports familiaux à l'intérieur desquels ils n'hésite pas à permettre l'ingérence du juge pour ajouter aux sanctions morales, les sévères sanctions de la loi pénale.

CONCLUSION

Parti d'action et de lutte, le fascisme a réalisé sans programme une révolution politique et sociale, et l'influence de philosophes idéalistes et nationalistes l'a conduit à réaliser une révolution intellectuelle. En réaction contre toutes les perturbations sociales, spécialement graves dans l'Italie d'après guerre, il s'est tout particulièrement attaché au problème familial. Plus que toute autre institution en effet la famille avait souffert de la crise politique, économique et morale¹. La politique de l'Etat fort amena logiquement le fascisme à intervenir, à faire sentir sur l'institution l'influence de ses principes. Et sa politique familiale, dans sa complexité, revêt deux buts principaux qui caractérisent son intervention : le problème de la population ne peut se résoudre qu'en lui donnant pour centre la famille; l'Etat veut beaucoup d'enfants, c'est à la famille qu'il doit les demander. Mais de plus, la famille, en elle-même, comme institution est source de force pour l'Etat, il ne peut pas la négliger, c'est elle qui la première forme les citoyens de demain : il importait de la former elle-même, de l'imprégner de principes nouveaux.

La politique démographique visant à créer un milieu sain, à y faire vivre des enfants et des hommes mieux développés physiquement et moralement et

(1) M. ARMANI : dans *Civiltà fascista*, p. 613 et s.

non pas seulement à amener un accroissement de naissances et une diminution des morts s'est, on l'a vu, basée sur la famille. On ne peut que louer le fascisme d'avoir construit un système d'assistance à collaboration familiale, d'avoir combattu l'industrialisation et l'urbanisation exagérées, en tâchant de reconstituer sur des terres améliorées des familles rurales à l'abri des dangers de dépravation plus accentués dans les villes, mais aussi à l'abri des discussions politiques et source de force politique stable pour le régime, de faire effort pour ramener la femme au foyer afin de la rendre à son vrai rôle de mère. Il est impossible évidemment d'attribuer à cette politique la recrudescence de la natalité : la coïncidence n'en est pas moins frappante, car les résultats dans l'ensemble du Royaume ne sont pas discutables : l'excédent des naissances sur les morts en cette dernière année 1930, c'est-à-dire au moment où commence à se faire sentir l'efficacité des différentes institutions à but démographique, en est une évidente preuve :

Années	Naissances (enfants vivants)		Morts-nés		Morts		Excédent de naissances	
	Total	Pour 1.000 habit.	Total	Pour 1.000 habit.	Total	Pour 1.000 habit.	Total	Pour 1.000 habit.
1922	1.175.872	30,2	54.117	4,4	689.937	17,7	485.935	12,5
1923	1.155.177	29,4	51.803	4,3	654.844	16,7	500.333	12,7
1924	1.124.470	28,4	48.794	4,2	662.870	16,8	461.600	11,7
1925	1.109.761	27,8	48.117	4,2	670.295	16,8	439.465	11,0
1926	1.094.587	27,2	43.932	3,9	680.307	16,9	414.280	10,3
1927	1.093.772	26,9	41.899	3,7	639.843	15,8	453.929	11,2
1928	1.072.316	26,2	39.730	3,7	645.654	15,8	426.662	10,4
1929	1.040.395	25,2	40.199	3,7	663.938	16,1	376.457	9,1
1930	1.085.163	26,0	40.476	3,6	570.161	13,7	515.002	12,3 ²

(2) Bollettino mensile di statistica del l'istituto centrale di statistica del izegno d'Italia, janvier 1931.

Mais c'est principalement de la lutte que le fascisme a menée contre les diverses manifestations de l'immoralité qu'il faut le féliciter : il a fort logiquement ainsi préparé, avec la transformation des esprits, la réforme du droit de famille dans la législation civile et pénale. Son but dans cet œuvre était, en demeurant en accord avec les besoins et les tendances du peuple italien, de respecter la tradition et de fortifier la famille.

Le fascisme, en ce domaine comme en tout autre, ne fait que répéter une de ses formules chères : il prétend être le descendant des forces unificatrices du Risorgimento, le nouvel interprète de la puissance romaine et ne remettre en pratique que les doctrines traditionnelles des intellectuels et philosophes italiens. En ce dernier point tout au moins il est facile de le justifier. Dante, Machiavel, et plus près de nous le libéral Benedetto Croce, n'ont fait que développer plus ou moins formellement les idées dont le fascisme s'est emparé³. Mais peu respectueux de toute idéologie précise et directrice, le fascisme n'a pas hésité à réaliser un accord qui lui ouvrait les plus larges espoirs politiques, donnait satisfaction à la majorité des Italiens, se conformait à la tradition italienne antérieure à l'unification, en se conciliant avec le Saint-Siège et en faisant de la religion catholique la religion d'Etat. Vraiment ici la tradition a été respectée et l'admission du mariage religieux complète ce traditionalisme.

(3) G. RABEAU : la philosophie du fascisme, dans la Vie intellectuelle, 15 mai 1929.

Dans la réforme des codes, les quelques rares limites placées à la libre volonté du Gouvernement ne donnaient a priori aucune assurance que, malgré des affirmations répétées, la structure même des codes, la physionomie de la famille ne seraient pas modifiées. L'obligation faite au gouvernement d'entendre l'avis des commissions parlementaires n'a qu'une valeur morale et l'expérience a prouvé qu'elle n'était pas une limite juridique, car les rédacteurs des codes ne se sont pas fait faute, quand il leur a paru bon, de ne pas respecter cet avis. Et quant à la formule de la loi de 1925 qui autorise le gouvernement à « amender les articles du code qui donnent lieu à des discussions traditionnelles ou sont en quelque façon reconnus imparfaits », elle donnait à la concession un caractère pour ainsi dire inconditionné⁴.

La physionomie du droit de famille s'est trouvée modifiée jusque dans sa nature : l'admission de la recherche de la paternité, la meilleure situation faite aux enfants adultérins et incestueux ne sont certes qu'un retour à de sages principes; mais l'extension si large de l'adoption avec effets du jour de l'homologation, les facilités accordées à la légitimation par décret royal avec recours devant le conseil d'Etat, le contrôle plus précis de l'autorité judiciaire sur le père de famille, l'organisation de la tutelle en dehors de la famille **manifestent un rapprochement entre droit de famille et droit public**. Le contrôle de l'Etat s'exerce comme il s'exercerait sur les administra-

(4) Cf. N. CERCIELLO : *il metodo nella riforma dei codici*, p. 54 à 72.

teurs des institutions d'assistance et ce dernier caractère ne fut pas étranger à l'intention du législateur de faciliter l'adoption. La réglementation des devoirs de charité et d'assistance ne semble plus tenir compte de l'affection naturelle jugée suffisante pour laisser à la liberté et à la conscience des membres de la famille le soin de se venir en aide. L'idée de devoir dans toute autorité familiale a pris nettement le pas sur celle de droit, et le droit est manifestement décrit comme n'appartenant pas au titulaire dans son intérêt, mais comme pouvoir, afin de conduire la société familiale vers une fin conforme à l'intérêt de l'Etat. Ce ne sont là que quelques-unes des plus importantes réformes, elles paraissent attribuer à la famille un **caractère nouveau** : elle est toujours une institution, mais elle paraît devenir en quelque sorte institution d'assistance, l'Etat la fait collaborer avec d'autres, soumet ses autorités au même contrôle, précise les devoirs réciproques de ses membres...

C'est une réaction évidente contre la législation italienne depuis l'unification; il y a peut-être dans les réformes un peu d'orgueil national, le désir « que l'Italie redevienne maîtresse de droit de tous les peuples », mais la raison fondamentale est que la législation s'est inspirée des principes de la doctrine fasciste : « la Révolution française fit triompher l'individualisme, le fascisme lui oppose le principe d'une forte organisation sociale, faisant commencer un nouveau cycle, celui de la reconstruction et de la consolidation de l'Etat » ⁵.

(5) Rocco : *La legislazione dans Civiltà fascista*, p. 297 et s.

Toute la législation nous a révélé cette préoccupation que l'Etat souverain domine toutes les forces existant dans le pays, les coordonne, les encadre et les dirige vers la fin supérieure de la vie nationale. Le fascisme en effet est intrinsèquement et foncièrement basé sur le principe de l'Etat, personnalité autonome qui a sa valeur et ses fins propres et subordonne à lui toute existence et intérêt individuel : « conception anti-individualiste, nous dit le philosophe du régime, Gentile, en tant qu'elle affirme une réalité spirituelle et universelle qui n'est pas le résultat mais le principe idéal, la source originaire de la vie des individus » ⁶. Ces idées ont fait sentir leur influence sur la législation familiale du fascisme : elles l'ont conduit à réprimer les excès du faux individualisme, à repousser avec raison les principes de l'individualisme absolu : l'individu maître souverain de ses actes, dépositaire de tous les droits et libre de les exercer. L'égalité n'existe plus entre le père de famille et le célibataire, les époux ne sont pas libres de dissoudre à leur gré le lien qui les unit, car le mariage, nous dit Rocco « n'est pas une institution créée au bénéfice des conjoints mais un acte d'abdication et de sacrifice des individus dans l'intérêt de la Société dont la famille est le nœud fondamental » ⁷.

C'est ce même esprit qui amena le législateur à barrer la voie à cet individualisme égoïste de l'homme qui se retranche derrière l'impossibilité

(6) GENTILE : *Origini e dottrina del fascismo*, p. 58.

(7) ROCCO, *loc. cit.*

des recherches de la paternité pour échapper à une réparation que la loi morale lui impose; c'est lui encore qui dans la vie de famille veut faire régner la charité, réprimer les excès des autorités tant par le droit civil que par le droit pénal. Mais ici se manifestent les abus : la rencontre de deux principes directeurs ont pesé sur l'esprit du législateur, l'anti-individualisme et le principe d'autorité de l'Etat. Proclamant « une morale de sacrifice selon laquelle l'individu doit toujours être prêt à braver même la mort pour une réalité qui est au-dessus de lui » le fascisme a dans la réforme de sa législation confondu loi morale et loi pénale. L'intention est sans doute louable : qu'une loi pénale substitue à l'interdiction de faire le mal, le commandement de faire le bien peut paraître un progrès, mais quand, pour le réaliser, il faut permettre des investigations arbitraires à l'intérieur de la famille, il faut douter de sa valeur. Pour une violation de la loi morale, le non accomplissement d'un devoir qu'un meilleur esprit de charité aurait imposé, on assistera à l'emprisonnement des autorités familiales et nous ne croyons pas que la prison ait pour effet de cimenter la famille. Mais cette disposition du code pénal suit la ligne de conduite générale de la législation civile elle-même : les autorités familiales se sont vu rétrécir leurs droits et ont été soumises au contrôle du juge.

L'organisation de la tutelle conforme aux tendances modernes ne doit cependant pas être entièrement approuvée : la tutelle est un pouvoir supplétif du père de famille et nous ne voyons pas pourquoi ce pouvoir

est organisé presque complètement en dehors de la famille, pourquoi la mort du père ou sa déchéance doit écarter le mineur de son milieu naturel. Les griefs que l'on fait au conseil de famille sont souvent exagérés, et si l'on ne peut que se féliciter de la création d'un juge tutélaire, on ne voyait pas qu'elle dût être exclusive du fonctionnement d'un conseil de famille; on aurait pu tempérer la lenteur de l'assemblée, l'insuffisante responsabilité de ses membres, par la concession de pouvoirs plus larges au juge, frappant le tuteur d'une plus large responsabilité, compensée, afin aussi d'exciter son zèle, d'une adéquate rémunération. Mais l'Etat est jaloux de toute autorité et il a soumis étroitement celle du tuteur à son contrôle. L'autorité du père de famille elle-même est largement atteinte : sans doute fallait-il préciser que ses pouvoirs ne sont pas absolus, qu'ils lui sont donnés pour une fin, mais le caractère vague, le nombre des cas de déchéance et de suspension prononcée même sur le recours de l'enfant, ne nous semble pas dans la vraie ligne d'une politique de protection de la famille.

Le principe de hiérarchie si fortement ailleurs affirmé n'est pas ici respecté; de l'excès de complaisance envers le père de famille, on a passé d'emblée à l'excès inverse. Quand on se trouve ensuite devant des formules comme : l'éducation ne peut appartenir qu'à l'Etat ⁸, l'éducation familiale est égoïste ⁹, on peut voir l'esprit dont s'inspire la nouvelle législation. Le père obligé de confier ses enfants aux organisations fas-

(8) MUSSOLINI, discours 25 mai 1929.

(9) Popolo d'Italia, juillet 1931.

cistes Ballilas ou Avant-Gardes, n'est plus maître de former leur esprit suivant sa conception si elle est contraire à celle de l'Etat, ni de les confier pour leur formation physique à une institution quelconque, puisqu'une seule existe, celle d'Etat, les Ballilas.

Cette législation animée certainement du désir de fortifier la famille, manifeste surtout l'idée de protection des enfants : l'admission de la recherche de la paternité, les facultés données à la reconnaissance des enfants adultérins, la large possibilité de légitimer par décret royal, l'admission de l'adoption des mineurs et des enfants naturels et la faculté donnée au juge d'autoriser l'adoption, même si l'adoptant a déjà des enfants, les multiples mesures, civiles ou pénales, destinées à éviter les abus de la puissance paternelle manifestent la préoccupation du législateur de sauvegarder par-dessus tout le droit des enfants, de protéger leur intégrité morale et physique, car ils sont l'avenir de la Nation. L'Etat prend en main leur éducation pour s'attacher leur dévouement, leur formation physique et morale pour en faire de ces « surhommes dont a besoin la plus grande Italie. ».

Ces quelques critiques sont loin de nous faire dénier toute valeur à un vaste mouvement de propagande et de législation dont l'influence, heureuse sans doute, se fera vraisemblablement sentir sur l'organisme familial : cette législation est au moins moralisatrice, et c'est surtout d'une crise morale que souffre la famille. Ses défauts d'ailleurs viennent d'une confusion et d'un excès : adversaire par principe de tout individualisme, le fascisme n'a pas distingué du

faux et excessif individualisme qui de Rousseau passa dans la législation révolutionnaire, l'individualisme modéré et vrai vers lequel doit s'orienter la législation. L'individu n'est pas le maître absolu de sa personne et de ses droits, mais il n'est pas non plus seulement un rouage de la Société : il est, quoiqu'on ait dit, la cellule première de la Société, formé par la famille et devant à son tour former d'autres individus¹⁰. La liberté dont il jouit ne sera pas évidemment l'arbitraire, mais la conformité au devoir, sa souveraineté selon le mot de Hauriou « une souveraineté de sujétion » ; le fascisme méconnaît ces principes et, non loin des doctrines de Hegel, vient à affirmer que l'Etat est la conscience générale des besoins et des intérêts de la Nation.

Ces limites posées, il nous semble que l'exemple de l'Italie pourrait être profitable à la législation française : une action législative est fortement désirable pour la protection de la famille ; il ne s'agit plus de mesures prises au jour le jour, mais d'une action logiquement coordonnée suivant un programme précis. La lutte pour l'assainissement du milieu social nous paraît un exemple digne d'être suivi. Du point de vue moral, la répression de la presse obscène, la lutte contre le néo-malthusianisme sont d'une absolue nécessité pour que dès en contractant mariage, les époux ne soient pas décidés à en répudier les charges, à violer les lois divines de la vie. La limitation du nombre des débits de boisson, l'interdiction de vendre

(10) Cf. J. CHEVALIER : leçon faite à la Semaine Sociale, 1922, compte rendu, p. 185.

de l'alcool aux enfants, s'imposent dans une politique de la population, de même que la lutte contre l'urbanisation croissante et exagérée, source de démoralisation, de dénatalité. Ce sont souvent l'abondance des distractions, goûtées durant le service militaire, qui font pour le jeune paysan le charme de la ville : serait-il si difficile de répandre dans les campagnes la T. S. F., le cinéma et par des théâtres ambulants, comme fonctionne en Italie « il Carro di Tespi », d'ajouter aux charmes de la vie paysanne les plaisirs qui ne font plus défaut à l'ouvrier des villes ? Il ne faudrait pas évidemment qu'ils soient un instrument aux mains des artisans de la démoralisation, mais nous avons précisé comme principe la nécessité d'un programme et en tête nous avons placé la lutte contre l'immoralité. Il serait au contraire utile de se servir de la T. S. F. comme moyen de propagande et de compléter, à l'exemple du législateur italien, l'œuvre de l'école par la diffusion des notions élémentaires de puériculture, d'hygiène, d'économie domestique.

Suivant en effet son programme d'assainissement des mœurs, le législateur italien a fait de l'école un moyen de préparation à la vie familiale : les vertus morales y sont enseignées, et logiquement afin de réaliser la consolidation spirituelle de la famille, il n'a pas craint d'introduire dans les programmes d'enseignement l'éducation religieuse : elle donnera aux enfants une conception plus haute de la vie, un idéal supérieur au désir de jouissance matérielle, une base profonde à l'esprit de devoir et de sacrifice.

C'est un exemple, il porte des fruits; serait-il impossible de s'en inspirer ?

Mais il ne suffit pas d'exalter un idéal pour donner solution au problème familial : les difficultés matérielles pèsent lourdement sur les familles, il importe des les alléger. A cet égard, les concours pour la réalisation de constructions d'habitations et d'ameublement économique peuvent avoir leur utilité, les réductions d'impôts, la préférence donnée aux pères de famille dans les administrations sont également d'heureux palliatifs. Mais le point le plus digne d'attention de la législation sociale italienne c'est l'institution du Dopolavoro, et l'action exercée pour ramener l'action au foyer. Par l'organisation de jardins, le Dopolavoro offre à l'ouvrier une saine distraction et peut-être même une source de revenus, et par la création de cours de puériculture, de couture, de coupe, il permet à la femme qui doit ajouter son labeur à celui du mari de gagner un salaire en ne quittant pas son intérieur. Ce n'est pas l'idéal certes : la femme devrait pouvoir s'abstraire de toute obligation de gagner un salaire afin de mieux s'occuper de la maison et le vrai moyen est à base d'un large système d'allocations familiales. Cependant le pas fait en Italie mérite d'être noté surtout que le maintien de la femme au foyer devient un principe qui régit même l'assistance. C'est là un programme d'action complété par l'œuvre accomplie en matière proprement juridique et cette reconnaissance de la famille comme institution juridique est également prodigue d'exemples à suivre.

La nouvelle organisation de la tutelle, et surtout la création d'un magistrat spécialisé dans les questions familiales peut, sans l'exclusion de la participation de la famille au système de protection des mineurs, inspirer une législation qui dans ce domaine aurait peut-être à gagner en imitant la constitution de ces comités de patronage de mineur; la possibilité pour le juge d'autre part d'atténuer la rigidité de la fixation de l'âge de l'adoptant, l'extension de l'adoption aux descendants de l'adopté, la faculté donnée à la mère de reconnaître son enfant incestueux ne peuvent que favoriser la protection des enfants sans nuire à la famille; les réformes de l'obligation alimentaire devraient la rendre obligatoire entre descendants de l'enfant naturel et les parents de celui-ci, et surtout entre frères et sœurs.

Ce ne sont que quelques indications, il en est d'autres, de détail peut-être, mais qui trouvent leur valeur dans la précision qu'ils donnent à la législation ou dans une amélioration du régime de l'état civil et, à ce dernier égard, on peut citer le registre des adoptions, des tutelles, des émancipations. Mais il est d'autres points et fondamentaux sur lesquels la législation italienne donne un merveilleux exemple de compréhension des exigences de la famille : l'hostilité envers toute atteinte à l'indissolubilité du mariage mérite d'être remarquée. Et la réforme de la législation matrimoniale est le couronnement pratique de l'idée si justement exprimée par le législateur italien de l'importance de la religion pour la consolidation de la famille. Sans porter atteinte à l'autorité de l'Etat la nouvelle législation se sépare du principe

périmé du mariage contrat civil, et en reconnaissant les droits de l'Eglise, elle montre la voie à une réforme de la législation matrimoniale. En tout cas, alors que l'on se détache de plus en plus des principes romantiques et individualistes qui affirment la dissolubilité du mariage, pourquoi faut-il que le divorce, anachronisme dangereux, jouisse encore d'une faveur néfaste ? On parle de régression des naissances, d'inefficacité des lois, mais on laisse se développer la plus immorale des causes de décadence de la race. Sans doute une transformation brutale n'est pas réalisable, mais ne serait-il pas possible tout d'abord de recommander aux magistrats une sage prudence et de supprimer tout au moins cette transformation automatique au bout de deux ans de la séparation de corps en divorce, faveur immorale accordée au conjoint coupable. Ce ne sont que des jalons dans la voie du retour à l'indissolubilité du mariage qui seule peut sauver la famille française.

La législation italienne présente les aspects d'une législation moderne, la suivre en ce sens serait faire un immense progrès : il serait facile d'accroître et d'élargir les cas de nullité afin de donner satisfaction à l'intérêt social, à l'absence de troubles familiaux et la disparition du divorce avec la diffusion de l'esprit de devoir amènerait dans le pays, outre la stabilité nécessaire des rapports familiaux, la disparition d'une erreur juridique et d'un mal social.

Dans le même sens une plus sévère répression de l'adultère et de la violation par le père de famille des obligations non pas morales, mais légales d'assis-

tance, seraient sans doute un moyen de faire revivre cet esprit qui doit être le but d'une sage législation.

Dans cette voie le résultat le plus clair sera la protection de l'enfant, mais il ne faut pas qu'elle amène une trop large intervention de l'Etat, une trop large intrusion de ses autorités dans l'intimité de la société familiale. La famille a une mission à remplir; le droit doit l'y aider mais sans contrainte. Cette fonction est morale : éducation, instruction sont ses prérogatives essentielles; le devoir d'assistance et de secours, ses prérogatives complémentaires. Cette fonction, elle l'accomplit sous la direction du père de famille : des droits lui sont accordés dans ce but, ils ne sont que corollaires de ses devoirs et les abus doivent légitimer une intervention de l'Etat. Ils l'exigent même, car la Société est intéressée à assurer le respect de ses obligations. L'Etat fasciste s'est avancé trop loin sur cette voie : il affirme une trop large intervention de ses autorités sur l'activité familiale. Malgré les plaintes sur l'affaiblissement de l'autorité paternelle, source de désagrégation familiale, il n'a pas craint, dans une politique de consolidation de la famille, affirmant son droit sur l'enfant et jaloux de toute autorité indépendante, de la restreindre dans son autonomie, oubliant que « la famille est une société naturelle dont le père est le chef » ¹¹.

Vu, le Président de la thèse,
ROUAST.

Vu, le Doyen,
H. BERTHÉLEMY.

Vu et Permis d'Imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
CHARLÉTY.

(11) ROUAST : traité pratique de PLANIOL et RIPERT, t. II, p. 4.

BIBLIOGRAPHIE

- ARDALI. La politica demografica di Mussolini, Mantoue 1930.
- ARENA. Mussolini e la sua opera, Roma 1928.
- ARMANI. Il fascismo e la donna, dans *Civiltà fascista*, Turin 1928.
- ASCOLI. L'évolution du droit privé en Italie, dans les Transformations du droit dans les principaux depuis cinquante ans. Paris 1923.
- BONNECASSE. La philosophie du code Napoléon appliquée au droit de famille. Paris 1928.
- BOVA. L'attuale condizione dei coniugi vincolati col rito cattolico. *Giurisprudenza italiana*, mars 1930.
- CANCE. Le code de droit canonique, commentaire succinct et pratique. Paris 1928.
- CAVARETTA. Questioni discusse e non discusse del nuovo diritto matrimoniale italiano, dans *rivista di diritto pubblico*, mai 1930.
- CERCIELLO. Il metodo nella riforma dei codici, Rome 1923.
- CHIRONI. Le code civil et son influence en Italie, dans le livre du centenaire, Paris 1904.
- CICU. Diritto di famiglia, Rome 1914.
- COLIN ET CAPITANT. Cours élémentaire de droit civil français.
- CORSO. Lo Stato fascista, Rome 1929.
- COSENTINI. Le droit de famille, essai de réforme, Paris 1929.
- DEGNI. Del matrimonio, Naples 1926.
- DEL GIUDICE (P.). Istoria del diritto italiano, Milan 1923.
- DEL GIUDICE (V.-). Nuovi basi del diritto ecclesiastico italiano, Milan 1929.
- DUST. Della filiazione, Naples 1907.
- FILOSTRATO. La politica delle nascite, Turin 1930.
- FRANCHI. Le legi usati d'Italia dagli allori del regno al, 15 mai 1930. Milan 1930.
- FREDDI. Fascismo, la sua dottrina, la sua storia, la sua organizzazione, Florence 1924.

- FULMI. Vers le nouveau code civil italien, dans la revue trimestrielle de droit civil, 1928.
- GAMBERUCCI. Commento organico alla legge sulle istituzioni di assistenza e beneficenza, Padoue 1930.
- GASTAMBIDE. L'enfant devant la famille et devant l'Etat, Paris 1902.
- GÉNY. L'enfant naturel et la famille, dans Maintien et défense de la famille par le droit, Paris 1930.
- GENTILE. Origini e dottrina del fascismo, Rome 1929.
- Che cosa è il fascismo, Florence 1924.
- GIANZANA. Codice civile, 1899.
- GRISOSTOMI MARINI. Il matrimonio nelle recenti disposizioni legislative, Rome 1929.
- IEMOLO. La conversione del matrimonio canonico senza effetti civili in matrimonio con effetti civili, Padoue 1929.
- IEMOLO. Competenza dei tribunali civili nelle cause di annullamento dei matrimoni preconcordatari, Padoue 1930.
- IEMOLO. Questioni controverse del nuovo diritto matrimoniale italiano, dans Giurisprudenza italiana 1929, IV, p. 274.
- IEMOLO. Altre questioni controverse del diritto matrimoniale italiano, Giurisprudenza italiana, 1930, IV, p. 226.
- KORRHER. Regresso delle nascite, morte dei popoli, Rome 1928.
- LAISNEY. Mariage religieux et mariage civil, Paris 1930.
- LA LOGGIA. Il problema demografico, Milan 1925.
- Legislazione fascista (1922-1928). A cura del segretario generale della Camera, Rome 1929.
- LEIBHOLTZ. La structure de l'Etat fasciste, dans les Documents de la Vie Intellectuelle, 20 mars 1930.
- LEREBOURS-PIGEONNIÈRE. La famille et le code civil, dans le livre du centenaire, Paris 1904.
- LO MONACO APRILE. La legislazione assistenziale nel diritto fascista, Rome 1929.
- LO MONACO APRILE. La politica assistenziale dell'Italia fascista, Rome 1930.
- LUZZATO. Intorno al diritto di famiglia, dans Scritti giuridici offerti a Chironi, Milan 1915.
- MACOTTA. Sulla riforma dei codici, Rome 1925.
- MANFREDINI. L'assistenza familiare nel diritto penale, dans Scuola positiva, janvier-février 1930.
- MUSSOLINI. Discorsi 1925, 1926, 1927, 1928, 1929.

- NOTARI. La fatica nuziale, Milan 1928.
Opere e leggi del regime fascista, Rome 1928.
PANNUNZIO. Il sentimento dello Stato, Bologne 1924.
PASQUALE DI GIUDICE. Istoria del diritto italiano, Milan 1923.
PAULUCCI DI CALBOLI. La lotta contro il celibato nel passato e nell'ora presente, Milan 1927.
PIOLA. Persone incapaci, partie II, volume II de la collection di Fiore, Turin.
PLANIOI et RIPERT. *Traité élémentaire de droit civil*.
POLACCO. Delle riforme da apportare all'istituto dell'adozione. Venise 1923.
POZZOLINI. La fisionomia scientifica della riforma della legislazione penale italiana dans Scuola positiva, mai-juin 1930.
RABEAU. Philosophie du fascisme, dans la Vie Intellectuelle, 15 mai 1929.
Rassegna italiana, numero speciale, mai-juin 1930 : lo Stato mussoliniano e le réelizzazioni del fascismo nella nazione.
RAYA. Il matrimonio secondo il nuovo ordinamento italiano, Padoue 1929.
RENDE. Il nuovo sistema penale nel progetto Rocco, rivista , internazionale di filosofia del diritto, janvier 1929.
RICCI. Balilla e Gioventù fascista, dans Mussolini e il fascismo, Rome 1929.
ROCCO. La trasformazione dello Stato, Rome 1927.
ROCCO. Il fondamento psicologico del nuovo codice penale, Rome 1928.
ROCCO. La legislazione, dans Civiltà fascista, Turin 1928.
ROTHER. *Traité de droit naturel théorique et appliqué*, Paris 1885.
ROUAST. La famille, tome II du traité pratique de Planioi et Ripert.
RUGGIERO (DE). Istituzioni di diritto civile, Messine 1926 et 1931.
RUSSO. Mussolini et le fascisme, Paris 1923.
SALTELLI et DI FALCO. Commento teorico pratico del nuovo codice penale, Rome 1930.
SCHIAPOLI. Il matrimonio nel diritto canonico, Naples 1929.
SEGRE. La protezione del l'infanzia contro gli abusi della patria potestà, Turin 1919.
Semaine sociale de Grenoble, compte rendu, Paris 1922.
Semaine sociale d'Italie. La famiglia cristiana, Milan 1927.

- SIMONNET. Le mariage et l'union libre, dans *Maintien et défense de la famille par le droit*, Paris 1930.
- SPIRITO. La riforma del diritto penale, Rome 1926.
- STOLFI. Diritto civile, Turin 1921.
- STURZO. L'Italie et le fascisme, Paris 1927.
- TAMASSIA. La famiglia italiana nei secoli decimoquinto e decimosesto, Milan 1910.
- VASSALI. Il matrimonio nel regime del Concordato fra l'Italia e la Santa Sede, Gênes 1929.
- VERDENAL. L'adoption dans la loi du 19 juin 1923.
- VOLPE. Lo sviluppo storico del fascismo, dans *Civiltà fascista*. Turin 1928.

Revues, Périodiques, Textes officiels.

Revues spécialement consultées. Giurisprudenza italiana; Rivista di diritto civile; Rivista di processuale civile; rivista internazionale di filosofia del diritto; Temi Emiliana; Rivista penale; Rivista italiana di diritto penale; Scuola positiva; Educazione fascista; Gerarchia; Rivista mensile del fascismo.

Journaux. Il Messaggero; Il Giornale d'Italia; Il Popolo d'Italia; il Corriere della Sera.

Textes officiels. Atti parlamentari; Lavori preparatori del codice penale; Relazione sul progetto di codice civile; Gazzetta ufficiale del Regno d'Italia; Bollettino ufficiale del Ministero della Giustizia; Bollettino mensile di statistica dell'istituto centrale di statistica del Regno d'Italia.

La plupart des textes législatifs que nous avons cités sont édités dans la Biblioteca legale della casa editrice Pirotta, Napoli ou par la casa editrice Pirola, Milan.

TABLE DES MATIERES

AVANT-PROPOS.

Intérêts de l'étude de la législation familiale italienne; but	5
---	---

INTRODUCTION.

Le Fascisme devant le problème démographique	8
Les troubles sociaux en Italie, avant et après-guerre ..	9
Origine du fascisme	11
Principaux points de doctrine	12
La politique démographique; son aspect spécial	16
Position théorique du fascisme	17
L'impôt sur les célibataires	18
La lutte contre l'urbanisation croissante	20
La bonification intégrale	21
L'assistance, élément essentiel de la politique démogra- phique	22
L'assainissement moral	24
La lutte contre les maladies sociales	25
L'Opéra national Dopolavoro, organisation, rôle	28
L'Opéra national Balilla, organisation, rôle	31
L'Opéra national pour la protection de la maternité et de l'enfance; buts de l'œuvre	35
1) Organisation : a) l'Opéra national, b) les fédérations provinciales, c) les patrons et comités de patronage, d) les assistantes visiteuses	36
2) Personnes ayant droit à l'assistance	43
Influence de la politique démographique	48
Orientation de la politique démographique dans le sens familial	50
L'aide économique à la famille	53
L'aspect moral du problème familial	55
La politique féministe	56
L'aspect religieux du problème familial	58
L'importance du droit en matière familiale : réforme du code civil et du code pénal	59

PREMIERE PARTIE

LA REFORME DE LA LEGISLATION CIVILE

Nécessité d'une réforme du code civil, et principalement des institutions familiales	63
--	----

CHAPITRE I.

Le Mariage.

Aperçu de la législation matrimoniale italienne	67
Définition du mariage : compétence de l'Etat et de l'Eglise	69
La solution de la question du mariage religieux; nouvelle nécessité d'une réforme de la législation	71

SECTION I.

Le mariage civil.

Intérêt de l'étude de la législation civile du mariage ..	72
---	----

§ 1. — *Des conditions nécessaires pour contracter mariage.*

But des réformes	73
Accroissement des dispenses	74
Abaissment de l'âge de puberté légale	75
Extension de l'empêchement pour interdiction	76
Précédent mariage, lien de parenté, délai de veuvage, condamnation pour crime	76
Atténuation de l'obligation du consentement des parents	78
Résultat de cet ensemble de réformes	79

§ 2. — *Des formalités préliminaires au mariage. Des oppositions.*

Utilité des publications et oppositions	80
I) <i>Publications</i> : suppression de certaines indications dans l'intérêt des enfants naturels	80
Exemption de frais	81
Le mariage in extremis	82
II) <i>Oppositions</i> : extension du droit d'opposition	83
Communications de l'opposition; suspension du mariage	85
Sanctions pénales	85

§ 3. — *La célébration.*

Modification du rôle de l'officier de l'état civil	86
Le mariage par procuration	87
Adoption de la communauté légale par déclaration; mutabilité des conventions matrimoniales	88

§ 4. — *Des causes de nullité du mariage. De la dissolution et de la séparation.*

Portée du chapitre VII du projet de code civil	89
I) <i>Nullités absolues</i> : incompétence de l'officier	90
Impuberté; délit; prescription	91
Limitation du droit d'action	92
II) <i>Nullités relatives</i> : interdiction et faiblesse d'esprit.	93
Défaut d'assentiment des parents	95
Les vices du consentement : violence, erreur sur la personne et les qualités de la personne	97
L'impuissance	101
Conditions générales de l'exercice de l'action	104
Le mariage putatif	104
III) <i>La dissolution</i>	105
IV) <i>La séparation</i>	107
Le principe de l'indissolubilité du mariage	108

§ 5. — *Des effets du mariage.*

Les obligations réciproques des époux	108
L'autorité maritale	109

SECTION II.

Le mariage des catholiques.

Le traité du Latran; l'article 34 du Concordat	111
Raisons du renvoi aux règles canoniques	112
But de la loi du 27 mai 1929	115

§ 1. — *Les publications, les oppositions, le certificat.*

Dualité des publications	115
Les oppositions : compétence	117
Le certificat : nature	119

§ 2. — *La célébration.*

La célébration canonique complétée de formalités ci- viles	121
Forme de la célébration canonique	122

Le mariage célébré sans le curé ou les témoins : la lecture des articles 130, 131, 132 du code civil ...	122
Rédaction de l'acte de mariage en double : les livres paroissiaux	126

§ 3. — *La transcription.*

Nécessité de la transcription	128
La transmission de l'acte de mariage	129
Nature de la transcription	130
Cas où la transcription ne peut avoir lieu	131
Cas du mariage célébré sans le certificat	132
Mariage célébré sans les publications civiles	133
Irrégularités de l'acte de mariage	135
Délai d'exécution de la transcription; transcription tardive	136
Mariages préconcordataires	138

§ 4. — *De la nullité et de la dissolution.*

I. Compétence des tribunaux ecclésiastiques	139
Différences entre droit civil et droit canon	140
Contrôle du Suprême tribunal de la Signature et de la cour d'appel	142
Les mariages préconcordataires	143
Annulation de la transcription	146
II. Dissolution	147
Mariages préconcordataires	147
Le privilège paulin	149
III. La séparation	150
L'originalité de la solution de la question matrimoniale.	151

SECTION III.

Le mariage célébré devant le ministre d'un culte admis dans l'Etat.

Admission et réglementation des cultes autres que le culte catholique	153
Formalités de la célébration du mariage	155

CHAPITRE II.

La filiation.

Différence de traitement des enfants légitimes et naturels	158
--	-----

SECTION I.

Les enfants légitimes.

Eléments de la filiation légitime	160
---	-----

§ 1. — *Moyens de confirmation du rapport de filiation légitime.*

I. Acte de naissance et possession d'état : action en contestation ou réclamation	161
Présomptions de paternité et de légitimité	163
II. Enfant né en dehors des délais	164
Le désaveu : exclusion formelle de toute valeur aux déclarations de la femme	168

§ 2. — *Des actions en contestation ou en réclamation de légitimité.*

Simplification du système des actions d'état	170
Attribution exclusive de l'action en désaveu au mari, la transmission aux héritiers	171
L'action en contestation et en réclamation de légitimité.	173

SECTION II.

Les enfants naturels. La légitimation.

Nécessité d'une réforme du code civil; principes directeurs	175
---	-----

§ 1. — *Reconnaissance des enfants naturels; recherche en justice de la paternité.*

I) <i>Reconnaissance</i> : facilités accordées aux parents, garanties	178
Nature de la reconnaissance	179
Respect de l'unité familiale; souci de vérité	183
Utilité des réformes	184
II) <i>Recherche judiciaire de la parenté naturelle</i> :	
Admission de la recherche de la paternité	185
Recherche de la maternité	188
Le décret d'admissibilité de l'action	189
Restriction du cercle des titulaires de l'action	189
Représentation de l'incapable	190
Transmissibilité active et passive de l'action	192
Sagesse des réformes	194

§ 2. — *Les enfants adultérins et incestueux.*

Maintien de la distinction entre enfants naturels	194
Les enfants incestueux : reconnaissance par la mère ..	197

Les enfants adultérins : possibilité de reconnaissance.	198
Recherche de la paternité; action d'aliments	201

§ 3. — *La légitimation.*

Utilité de la légitimation	202
Elargissement de la possibilité de légitimer	203
La légitimation par subséquent mariage	203
La légitimation par décret royal	204

CHAPITRE III.

L'adoption.

Aperçu historique	208
-------------------------	-----

§ 1. — *Conditions et formes de l'adoption.*

Raison de l'existence de garanties	211
Conditions chez l'adoptant : exceptions	211
Qui peut être adopté	215
a) adoption des mineurs	218
b) adoption des enfants naturels	220
Consentement : adopté, adoptant; cas de l'interdit	221
Homologation par le juge tutélaire; recours	225

§ 2. — *Effets de l'adoption. Révocation.*

Elargissement des effets	226
Point de départ des effets	226
Extension des effets aux descendants de l'adopté	229
La puissance paternelle du père adoptif	230
Révocabilité	235
Révocation en faveur des mineurs	236
Révocation pour délit ou causes graves	237
Effets de la révocation	238
La révocation demandée d'office par le juge tutélaire.	240

CHAPITRE IV.

La puissance paternelle et la tutelle.

Droit et morale	241
Rapprochement de la puissance paternelle et de la tutelle	241

SECTION I.

La Puissance paternelle.

Conception de la puissance paternelle	243
---	-----

§ 1. — *La puissance paternelle sur les enfants légitimes.*

La volonté familiale	244
Devoirs des enfants; le père titulaire de la puissance.	245
Le droit de garde et de correction	246
Devoir d'administration et droit d'usufruit	247
Le contrôle judiciaire	248
Cas de déchéance : haute tutelle d'Etat	249
Suspension de l'exercice de la puissance paternelle ..	252
Délégation judiciaire du droit de garde	254
Réintégration du père dans ses droits	255
Révocation du père de l'administration; réhabilitation.	256
Mort du père : contrôle judiciaire	258

§ 2. — *La puissance paternelle sur les enfants naturels.*

Les parents naturels ont la puissance paternelle : titulaire	259
Dévolution judiciaire de la puissance paternelle	261

SECTION II.

La tutelle.

Désirs de réforme du système tutélaire à base familiale.	263
--	-----

§ 1. — *Ouverture et organisation de la tutelle.*

Caractère de la tutelle	265
Cause d'ouverture : personnes qui doivent la dénoncer.	265
Le juge tutélaire : raisons de la suppression du conseil de famille	267
Les comités de patronage des mineurs	270
La tutelle sera toujours dative	272
Caractère public et obligatoire de la tutelle : le serment de fidélité	273
Dispenses, ...	274
Tutelle des mineurs assistés; tutelle des mineurs pauvres	276
Tutelle des mineurs étrangers résidant en Italie, ou des mineurs italiens résidant à l'étranger	277
Le protuteur	278

§ 2. — *Exercice de la tutelle.*

Principe de gratuité de la tutelle	278
Intervalle entre la cessation de la puissance paternelle et l'ouverture de la tutelle	279

Gouvernement de la personne :

a) directives du juge	281
b) droit de garde et de correction	282
c) les actes importants : concession d'une capacité partielle au mineur	283
<i>Administration des biens</i> : l'inventaire	284
Gestion en bon père de famille : responsabilité	285
Exonération de la charge tutélaire; destitution, suspen- sion	286
Compte de fin de gestion; le registre des tutelles	287
Physionomie nouvelle de la tutelle	288

SECTION III.

L'émancipation.

Utilité contestée : la déclaration de majorité	290
Prolongation de minorité	291
Le juge tutélaire accorde l'émancipation; caractère so- lennel	292
Emancipation par mariage	293
Nomination d'un curateur	294
Effets de l'émancipation; révocation	294

CHAPITRE V.

L'Obligation alimentaire.

Raisons d'être d'un titre autonome pour l'obligation d'aliments	295
<i>Personnes tenues du devoir d'aliments :</i>	
a) parents légitimes	297
b) parents adoptifs	298
c) alliés	300
d) parents naturels	300
Ordre de préférence	302
Montant de la dette	304
Modifications de la dette alimentaire	305
Modalités de paiement : concours de créanciers ou de débiteurs	306
Point de départ de la prestation d'aliments	307
Caractères de l'obligation alimentaire	308

DEUXIEME PARTIE

LES DELITS CONTRE LA FAMILLE

Insuffisance du code pénal : circonstances favorables à une réforme	311
Création d'un nouveau système pénal	313
Protection spéciale de la famille : conception	316

CHAPITRE I.

Les délits contre le mariage.

Logique de ce chapitre	319
<i>La bigamie</i> : aucune distinction de la validité ou non du premier mariage	320
Aggravation en cas de tromperie	322
Prescription : délit instantané à effets permanents ..	322
<i>Induction au mariage moyennant tromperie</i>	324
<i>Adultère et concubinage</i>	326
Atténuation de la peine	327
Peine accessoire	330
Extinction du délit	331

CHAPITRE II.

Les délits contre la morale familiale.

Protection de la morale familiale en relation avec la protection de la moralité publique	333
Les délits contre la moralité publique	334
Les délits contre l'intégrité et la santé de la race	336
<i>Inceste</i>	338
<i>Attentat à la morale familiale par la presse périodique.</i>	341

CHAPITRE III.

Les délits contre l'état de famille.

Raisons du classement dans ce titre des délits contre l'état	345
<i>Supposition et suppression d'état</i>	346
<i>Altération d'état</i>	347
<i>Recèlement d'état</i>	350
Peine accessoire	351

CHAPITRE IV.

Les délits contre l'assistance familiale.

Sanction de l'exécution des devoirs; protection des droits du titulaire de l'autorité	353
<i>Violation des obligations d'assistance familiale</i>	354
a) obligations d'assistance morale	355
b) obligations d'assistance économique	358
<i>Abus de moyens de correction</i>	368
<i>Mauvais traitements en famille</i> ou envers des enfants.	368
<i>Soustraction consensuelle de mineurs</i>	372
<i>Soustraction d'incapables</i>	375

CONCLUSION.

Nécessité sociale et politique d'une législation familiale	378
La politique démographique : résultats	378
Traditionalisme : physionomie nouvelle du droit de famille	380
Influence de la philosophie du fascisme sur les réformes	381
Protection des enfants	386
Fondement des excès de la nouvelle législation	386
Les exemples à suivre	387
BIBLIOGRAPHIE	393
TABLE DES MATIÈRES	397

